

Das „freie Ermessen“ des Richters im Zivilprozeßrecht

von
Klaus Schiffczyk
aus Augsburg



Digitized by the Internet Archive
in 2026

Das „freie Ermessen“ des Richters im Zivilprozeßrecht

Inaugural - Dissertation
der Juristischen Fakultät
der Friedrich-Alexander-Universität
Erlangen - Nürnberg

vorgelegt von
Klaus Schiffczyk
aus Augsburg



Referent: Professor Dr. Dieter Leipold
Tag der mündlichen Prüfung: 23. 7. 1979

Inhaltsübersicht

Seite

I.	<u>Einführung</u>	1
	1. Gesetzliche Ausgangslage	1
	2. Vorausbestimmung des Entscheidungsinhalts beim Ermessen	2
	3. Fragestellung: Begriff und Kriterien des "Ermessens", Abgrenzung und Nachprüfbarkeit	3
II.	<u>Überblick über den Stand der Dogmatik zum Ermessensbegriff im Verwaltungsrecht</u>	5
	1. Gesetzliche Regelung	6
	2. Begriff des Ermessens	7
	3. Dualismus Ermessen - unbestimmter Rechtsbegriff	8
	4. Unbestimmter Rechtsbegriff	9
	a) Ansichten Ules und Bachofs zum unbestimmten Rechtsbegriff	10
	b) Rechtsprechung zum unbestimmten Rechtsbegriff	12
	5. Ermessen	13
	a) Rechtsprechung und herrschende Lehre zum Ermessen	13
	b) Abweichende Ansichten	14
	6. Pflichtgebundenes Ermessen	15
	a) Grenzen des Ermessens nach § 40 VwVfG, § 114 VwGO	16
	b) Versuch einer Gruppenbildung nach Fachinger	17
	7. Ermessen bei der freien Beweiswürdigung	19

III. <u>Richterliches Ermessen, insbesondere im Zivilprozeß</u>	21
1. Fehlen einer gesetzlichen Begriffsbestimmung	21
2. Überlegungen Wardas zum richterlichen Ermessen	21
3. Drei Auffassungen zum Ermessensbegriff	22
a) Ermessen und unbestimmter Rechtsbegriff	22
b) Handlungsermessen und Urteilsermessen	22
c) Tatbestandsermessen und Rechtsfolgeermessen	23
4. Sonstige Einzelmeinungen zum Ermessensbegriff	24
5. Gemeinsames der unterschiedlichen Auffassungen	26
6. Eigene Stellungnahme	26
IV. <u>Ermessen auf der Tatbestandsseite</u>	29
1. Tatbestandsermessen ohne Wahlmöglichkeit	29
2. Tatbestandsermessen mit Wahlmöglichkeit	31
3. Tatbestandsermessen wegen Schwierigkeiten bei der Interpretation und Subsumtion?	35
4. Verfassungsrechtliche Bedenken gegen ein Tatbestandsermessen	38
V. <u>Ermessen auf der Rechtsfolgeseite</u>	41
1. Ermessen bei der Ermittlung des Normzweckes	41
2. Ermessen bei der Bestimmung der Rechtsfolge	42
a) Ermessen und Bindung an den Gesetzeszweck	42
b) Ermessen bei "gerechtigkeitsbezogenen" Entscheidungen	45
aa) Wann liegt "gerechtigkeitsbezogenes" Ermessen vor?	45
bb) Ist es möglich, den Gerechtigkeitsbegriff zu konkretisieren?	47
cc) Eigene Stellungnahme	49

VI. <u>Ermessen und freie Beweiswürdigung</u>	50
1. Freie Beweiswürdigung als Tatfrage	51
2. Ermessen bei der freien Beweiswürdigung	53
3. Ermessen beim Beweismaß	57
4. Ermessen und freie Beweiswürdigung bei § 287 ZPO	61
a) Materialien und Rechtsprechung	61
b) Ansichten in der Literatur	62
5. Nachprüfbarkeit der freien Beweiswürdigung	68
VII. <u>"Freies Ermessen" in den einzelnen Vorschriften der ZPO und dessen Nachprüfbarkeit</u>	75
1. "Freies Ermessen" nach § 3 1. Halbsatz ZPO	75
a) Rechtsprechung und Literatur	75
b) Eigene Stellungnahme	77
c) Nachprüfbarkeit des "freien Ermessens" in § 3 1. Halbsatz ZPO	82
2. "Freies Ermessen" nach §§ 108 Abs. 1 Satz 1, 112 Abs. 1 ZPO	82
a) Rechtsprechung und Literatur	83
b) Normzweck der §§ 108 Abs. 1 Satz 1, 112 Abs. 1 ZPO	84
c) "Verschränkung von Verfahrens- und Sachentscheidung" bei der Festsetzung der Sicherheitsleistung	85
d) Rechtsfolgeermessen bei der Bestimmung der Art der Sicherheitsleistung	88
e) Schranken des "freien Ermessens" bei der Bestimmung der Art der Sicherheitsleistung	89
f) Nachprüfbarkeit des "freien Ermessens" bei der Bestimmung der Art der Sicherheitsleistung	92
g) Ermessen bei der Anordnung der Sicherheitsleistung selbst	96

3. "Freies Ermessen" nach § 454 Abs. 1 ZPO	96
a) Literatur	96
b) Sinn der Vorschrift	97
c) Tatsachenwürdigung bei § 454 Abs. 1 ZPO	98
d) Nachprüfbarkeit	99
4. "Freies Ermessen" nach § 510 b 2. Halbsatz ZPO	100
a) Sinn der Vorschrift	100
b) Tatsachenfeststellung bei § 510 b 2. Halbsatz ZPO	101
5. "Freies Ermessen" nach § 850 f Abs. 3 Satz 1 ZPO	102
a) Sinn der Vorschrift	102
b) Literatur	104
c) Schranken des "freien Ermessens"	105
d) Nachprüfbarkeit des "freien Ermessens"	107
6. "Freies Ermessen" nach § 938 Abs. 1 ZPO	108
a) Sinn und Zweck der Vorschrift	109
b) Einfluß des Sicherungsgedankens auf gerichtliche Entscheidungen	114
c) Schranken des "freien Ermessens"	116
d) Nachprüfbarkeit des "freien Ermessens"	119
7. "Freies Ermessen" nach § 1034 Abs. 2 ZPO	121
a) Schranken des "freien Ermessens"	121
b) Nachprüfbarkeit des "freien Ermessens"	123

VIII. Vergleich der Begriffe "freies Ermessen", "Ermessen" und "kann" in der ZPO an Hand zweier Beispiele

126

1. "Ermessen" nach § 398 Abs. 1 ZPO	126
a) Rechtsprechung und Literatur	127
b) Schranken des "Ermessens"	127
c) Nachprüfbarkeit des "Ermessens"	129

	Seite
2. "Können" nach § 296 Abs. 2 ZPO	131
a) Literatur und Rechtsprechung	131
b) Sinn und Zweck der Vorschrift	134
c) Schranken des Ermessens	135
d) Nachprüfbarkeit des Ermessens	137
 IX. <u>Zusammenfassung</u>	 140

- | | |
|---|--|
| Arens, Peter | Dogmatik und Praxis der Schadensschätzung, ZfP 88 (1975), 1 ff. |
| Bachof, Otto | Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaats, VVDStRL 12 (1954), 37 ff.
Beurteilungsspielraum, Ermessen und unbestimmter Rechtsbegriff, JZ 1955, 97 ff. |
| Baumann, Jürgen | Grenzen der individuellen Gerechtigkeit im Strafrecht, in Tübinger Rechtswissenschaftliche Abhandlungen, Band 9, "summum ius, summa iniuria", 1963, S. 127 ff. |
| Baumbach, Adolf
Lauterbach, Wolfgang
Albers, Jan
Hartmann, Peter | Zivilprozeßordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und anderen Nebengesetzen, Kommentar, 37. Auflage, München 1979 |
| Baumbach, Adolf
Schwab, Karl-Heinz | Schiedsgerichtsbarkeit, 2. Auflage, München/Berlin 1960 |
| Baur, Fritz | Studien zum einstweiligen Rechtsschutz, Tübingen 1967
Arrest und einstweilige Verfügung in ihrem Anwendungsbereich, BB 1964, 607 f. |
| Berner, Wilhelm | Die Novelle zum Pfändungsschutz für Arbeitseinkommen, RPfl 1959, 77 ff. |
| Bettermann, Karl | Verwaltungsakt und Richterspruch, in: Gedächtnisschrift für Walter Jellinek, München 1955, S. 361 ff. |
| Binder, Julius | Grundlegungen zur Rechtsphilosophie, Tübingen 1935 |
| Binding, Karl | Handbuch des Strafrechts, Band I, Leipzig 1885 |
| Birkmeyer, Karl | Deutsches Strafprozeßrecht, Berlin 1898 |
| Blomeyer, Arwed | Zivilprozeßrecht, Erkenntnisverfahren, Berlin/Göttingen/Heidelberg 1963
Beweislast und Beweiswürdigung im Zivil- und Verwaltungsprozeß, in: Verhandlungen des 46. Deutschen Juristentages, Band I Teil 2 A, München/Berlin 1966 |

VII

- Bötticher, Eduard Regelungsstreitigkeiten, in:
Festschrift für Friedrich Lent,
München/Berlin 1957, S. 89 ff.
- Boewer, Dietrich Die Lohnpfändung in der betrieb-
lichen Praxis, Köln 1972
- Bohne, Gotthold Zur Psychologie der richterlichen
Überzeugungsbildung, Köln 1948
- Bruns, Rudolf Zivilprozeßrecht, 2. Auflage,
München 1979
- Bruns, Rudolf
Peters, Egbert Zwangsvollstreckungsrecht, 2. Auf-
lage, München 1976
- Bullinger, Martin Ermessen und Beurteilungsspielraum,
NJW 1974, 769 ff.
- Danzer, Josef Das Gesetz über die Änderung der
Pfändungsfreigrenzen, MDR 1960,
549 ff.
- Deubner, Karl G. Die Praxis der Zurückweisung ver-
späteten Vorbringens, NJW 1979,
337 ff.
- Diederichsen, Uwe Fortschritte im dogmatischen Ver-
ständnis des Anscheinsbeweises,
ZfP 81, (1968), 45 ff.
- Döhring, Erich Die Erforschung des Sachverhalts
im Prozeß, Berlin 1964
- Drost, Heinrich Das Ermessen des Strafrichters,
Berlin 1930
- Ehmke, Horst "Ermessen" und "unbestimmter Recht-
begriff" im Verwaltungsrecht, Recht
und Staat in Geschichte und Gegen-
wart, Heft 230/231, Tübingen 1960
- Engisch, Karl Die Idee der Konkretisierung in
Recht und Rechtswissenschaft unserer
Zeit, Heidelberg 1953
Einführung in das juristische Denken,
7. Auflage, Stuttgart/Berlin/Köln/
Mainz, 1977.
- Enneccerus, Ludwig
Nipperdey, Hans Karl Lehrbuch des bürgerlichen Rechts,
Allgemeiner Teil, 1. Halbband,
15. Auflage, Tübingen 1959
- Erichsen, Hans-Uwe
Martens, Wolfgang Allgemeines Verwaltungsrecht, 3.
Auflage, Berlin/New York 1978

- Esser, Josef Wandlungen von Billigkeit und Billigkeitsrecht im modernen Privatrecht, in: Tübinger Rechtswissenschaftliche Abhandlungen, Band 9, "summun ius, summa iniuria", 1963, S. 24 ff.
- Vorwort zu den Referaten von Rittner u.a.: Ermessensfreiheit und Billigkeitsspielraum des Zivilrichters im deutschen Recht, Arbeiten zur Rechtsvergleichung, Heft 24, Frankfurt a.M./Berlin 1964, S. 5 ff.
- Eyermann, Erich Verwaltungsgerichtsordnung, Kommentar, 7. Auflage, München 1974
- Fröhler, Ludwig
- Fachinger, Josef Überschreitung und Fehlgebrauch des Verwaltungsermessens, NJW 1949, 244 ff.
- Finken, Klaus Die endgültige Vermögensverschiebung aufgrund einstweiliger Verfügung, Dissertation Bochum 1970
- Fitting, Hermann Die Grundlagen der Beweislast, Z郑 13 (1889), 1 ff.
- Fleiner, Fritz Einzelrecht und öffentliches Interesse, in: Festgabe für Paul Laband zum 50. Jahrestag der Doktorpromotion, 2. Band, Tübingen 1908, S. 1 ff.
- Flume, Werner Steuerwesen und Rechtsordnung, in: Festgabe für Rudolf Smend zum 70. Geburtstag, Göttingen 1952
- Forsthoff, Ernst Lehrbuch des Verwaltungsrechts, Allgemeiner Teil, 1. Band, 10. Auflage, München 1973
- Franzki, Harald Das Gesetz zur Vereinfachung und Beschleunigung gerichtlicher Verfahren (Vereinfachungsnovelle), DRiZ 1977, 161 ff.
- Gernhuber, Joachim Die Billigkeit und ihr Preis, in: Tübinger Rechtswissenschaftliche Abhandlungen, Band 9, "summun ius, summa iniuria", 1963, S. 206 ff.
- Göppinger, Horst Die Erledigung des Rechtsstreits in der Hauptsache, Stuttgart 1958

- Greger, Reinhard Beweis und Wahrscheinlichkeit, Erlanger juristische Abhandlungen, Band 22, Köln/Berlin/Bonn/München 1978
- Habscheid, Walther J. Urteilsanmerkung NJW 1973, 375 f.
Urteilsanmerkung ZZP 79, 452 ff.
- Hahn, C. Die gesamten Materialien zur ZPO und den Einführungsgesetzen zu denselben, Berlin 1881
- Hainmüller, Dietmar Der Anscheinsbeweis und die Fahrlässigkeitstat im heutigen deutschen Schadensersatzprozeß, Band 1, Tübingen 1966
- Heck, Philipp Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz, Tübingen 1914
- Heescher, Heinz-Dieter Untersuchungen zum Merkmal der freien Überzeugung in § 286 ZPO und § 261 StPO, Dissertation Münster 1974
- Heilbron, Brigitte Freies pflichtgemäßes Ermessen des Richters, Strafrechtliche Abhandlungen, Heft 253, Breslau 1929
- Heinsheimer, Karl Die Freiheit der richterlichen Überzeugung und die Aufgaben der Revisionsinstanz, in: Festschrift für Franz Klein, Wien 1914, S. 133 ff.
- Heller, Franz-Wilhelm Die gerichtliche Schadensermittlung nach § 287 ZPO, Dissertation Erlangen 1977
- Henke, Horst-Eberhard Die Tatfrage, Der unbestimmte Rechtsbegriff im Zivilrecht und seine Revisibilität, Berlin 1966
- v. Hippel, Ernst Zur Problematik der Grundbegriffe des öffentlichen Rechts, in: Forschungen und Berichte aus dem öffentlichen Recht, Gedächtnisschrift für Walter Jellinek, München 1955, S. 21 ff.
- Hobbeling, Walther Die Rechtstypen der zivilprozessualen einstweiligen Verfügung, Dissertation Münster 1974
- Jansen, Paul Freiwillige Gerichtsbarkeit, Handkommentar, Band I, 2. Auflage, Berlin 1969

- Jauernig, Othmar Der zulässige Inhalt einstweiliger Verfügungen, ZZP 79, (1966) 321 ff.
- Jellinek, Walter Verwaltungsrecht, 3. Auflage, Berlin 1931 mit Nachtrag 1950, Neudruck 1966
Gesetz, Gesetzesanwendung und Zweckmäßigkeitserwägungen, Tübingen 1913
- Jesch, Dietrich Unbestimmter Rechtsbegriff und Ermessen, AÖR 82 (1957), 165 ff., 211 f.
- Keidel, Theodor
Kuntze, Joachim
Winkler, Karl Freiwillige Gerichtsbarkeit, Teil A, Kommentar, 11. Auflage, München 1978
- Kellner, Hugo Der sog. Beurteilungsspielraum in der verwaltungsgerichtlichen Prozeßpraxis, NJW 1966, 857 ff.
- Klauser, Karl-August Möglichkeit und Grenze richterlicher Schadensschätzung, JZ 1968, 167 ff.
- Klein, Rüdiger Die Kongruenz des verwaltungsrechtlichen Ermessensbereichs und des Bereichs rechtlicher Mehrdeutigkeit, AÖR 82 (1957), 75 ff.
Ermessen und Sprachgebrauch, JZ 1956, 588
- Kuchinke, Kurt Grenzen der Nachprüfung tatrichterlicher Würdigung und Feststellungen in der Revisionsinstanz, Bielefeld 1964
- Larenz, Karl Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 4. Auflage, Berlin/Heidelberg/New York 1979
- v. Laun, Rudolf Das freie Ermessen und seine Grenzen, Leipzig/Wien 1910
Bemerkungen zum freien Ermessen und zum détournement de pouvoir im staatlichen und im Völkerrecht, in: Festschrift für Herbert Kraus, Kitzingen 1954, S. 128 ff.
- Leipold, Dieter Grundlagen des einstweiligen Rechtsschutzes, München 1971

- | | |
|--|--|
| Lent, Friedrich
Jauernig, Othmar | Zivilprozeßrecht, 18. Auflage,
München 1977 |
| Maassen, Bernhard M. | Beweismaßprobleme im Schadens-
ersatzprozeß, Köln/Berlin/Bonn/
München 1975 |
| Maunz, Theodor
Dürig, Günter
Herzog, Roman
Scholz, Rupert | Grundgesetz, Kommentar, 5. Auf-
lage, München 1978 |
| Mayer, Otto | Deutsches Verwaltungsrecht,
1. Band, 3. Auflage, München/Leip-
zig 1924 |
| Minnerop, Manfred | Materielles Recht und einstweili-
ger Rechtsschutz, Prozeßrechtliche
Abhandlungen, Heft 35, Köln/Berlin/
Bonn/München 1973 |
| Musielak, Hans-Joachim | Die Grundlagen der Beweislast im
Zivilprozeß, Berlin/New York 1975 |
| Neumann-Duesberg, Horst | Gerichtliche Ermessensentschei-
dungen nach §§ 315 ff. BGB, JZ
1952, 507 ff. |
| Obermayer, Klaus | Grundzüge des Verwaltungsrechts
und Verwaltungsprozeßrechts, 2.
Auflage, Stuttgart/München/Hanno-
ver 1975 |
| Ossenbühl, Fritz | Ermessen, Verwaltungspolitik und
unbestimmter Rechtsbegriff, DÖV
1970, 84 ff.

Tendenzen und Gefahren der neue-
ren Ermessenslehre, DÖV 1968, 618 ff. |
| Pohle, Rudolf | Urteilsanmerkung zu BAG, AP § 398
Nr. 1 |
| Prölss, Jürgen | Beweiserleichterungen im Schadens-
ersatzprozeß, Dissertation München
1966 |
| Putzo, Hans | Die Vereinfachungsnovelle, NJW
1977, 1 ff. |
| Reichel, Hans | Urteilsanmerkung ZZP 50, 209 f. |
| Reuss, Hermann | Das Ermessen, DVBl. 1953, 587 ff.

Der unbestimmte Rechtsbegriff,
DVBl. 1953, 649 ff. |

- Rittner, Fritz Ermessensfreiheit und Billigkeits-
spielraum des Zivilrichters im
deutschen Recht, in: Arbeiten zur
Rechtsvergleichung, Heft 24, Frank-
furt a.M./Berlin 1964, S. 21 ff.
- Rohmeyer, Hartwig Geschichte und Rechtsnatur der
einstweiligen Anordnung im Verwal-
tungsprozeß, Berlin 1967
- Rosenberg, Leo Zivilprozeßrecht, 12. Auflage,
Schwab, Karl-Heinz München 1977
- Rupp, Hans Heinrich Grundfragen der heutigen Verwal-
tungslehre, Tübingen 1965
Ermessensspielraum und Rechtsstaat-
lichkeit, NJW 1969, 1273 ff.
- Scheuerle, Wilhelm Rechtsanwendung, Nürnberg/Düssel-
dorf 1952
Beiträge zum Problem der Trennung
von Tat- und Rechtsfrage, AcP 157,
(1958/1959), 20 ff.
- Scheuner, Ulrich Die neuere Entwicklung des Rechts-
staates in Deutschland, in: Hundert
Jahre Deutsches Rechtsleben, Fest-
schrift zum hundertjährigen Beste-
hen des Deutschen Juristentages,
Band II, Karlsruhe 1960, S. 229 ff.
- Schmidt, Walter Gesetzesvollziehung durch Rechts-
setzung, Bad Homburg 1969
- Schneider, Egon Anordnen des persönlichen Erschei-
nens einer Partei und Säumnisstra-
fe, MDR 1975, 186 ff.
Die Beweiswürdigung im Zivilprozeß,
MDR 1965, 879 ff.
- Schönke, Adolf Zwangsvollstreckungs-, Konkurs-
Baur, Fritz und Vergleichsrecht, 10. Auflage,
Heidelberg/Karlsruhe 1978
- Schönke, Adolf Das Schiedsgerichtsverfahren nach
dem heutigen Deutschen Recht,
2. Auflage, Berlin/Köln 1954
- Schrader, Henning Prozeßverschleppung und Verzöge-
rungsgebühr (§ 47 GKG), DRiZ 1974,
290 f.

- Schröder, Horst
Gesetz und Richter im Strafrecht, Veröffentlichungen der Schleswig-Holsteinischen Universitätsgesellschaft, Neue Folge Nr. 4, Kiel 1953
In welcher Weise empfiehlt es sich, die Grenzen des strafrichterlichen Ermessens im künftigen Strafgesetzbuch zu regeln?, in: Gutachten für den 41. Deutschen Juristentag, Band I, 2. Halbband, Tübingen 1955, S. 62 f.
- Schwinge, Erich
Grundlagen des Revisionsrechts, 2. Auflage, Bonn 1960
- Seuffert, Lothar
Über richterliches Ermessen, Gießen 1880
- Stein, Friedrich
Jonas, Martin
Pohle, Rudolf
Schumann Ekkehard
Leipold, Dieter
Schlosser, Peter
Grunsky, Wolfgang
Münzberg, Wolfgang
Kommentar zur Zivilprozeßordnung, 19. Auflage, Tübingen 1964/1975
- Stein, Friedrich
Jonas, Martin
Schumann, Ekkehard
Leipold, Dieter/Schlosser Peter,
Grunsky, Wolfgang/Münzberg Wolfgang
Kommentar zur Zivilprozeßordnung, 20. Auflage, Tübingen 1977 ff.
- Stier-Somlo, Fritz
Das freie Ermessen in Rechtsprechung und Verwaltung, in: Festgabe für Paul Laband zum 50. Jahrestag der Doktorpromotion, 2. Band, Tübingen 1908, S. 457 ff.
- Stöber, Kurt
Forderungspfändung, 3. Auflage, Bielefeld 1972
Vollstreckungserinnerung (§ 766 ZPO) oder Rechtsfolgeerinnerung (§ 11 RPflG) in Fällen der Forderungspfändung, RPfl 1974, 52 ff.
- Stoll, Hans
Haftungsverlagerung durch beweisrechtliche Mittel, AcP 176 (1976), 145 ff.
- Teubner, Ernst
Die Festsetzung des Streitwerts nach freiem Ermessen - wissen?, DRiZ 1973, 389
- Tezner, Friedrich
Das freie Ermessen der Verwaltungsbehörde, Leipzig/Wien 1924

- Thomas, Heinz
Putzo, Hans
Zivilprozeßordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und den Einführungsgesetzen, 10. Auflage, München 1978
- Ule, Carl-Hermann
Zur Anwendung unbestimmter Rechtsbegriffe im Verwaltungsrecht, in: Forschungen und Berichte aus dem öffentlichen Recht, Gedächtnisschrift für Walter Jellinek, München 1955, S. 309 ff.
- Warda, Günter
Dogmatische Grundlagen des richterlichen Ermessens im Strafrecht, München 1962
- Werner, Manfred
Beweiswürdigung im Schadensersatzprozeß nach § 287 ZPO, Dissertation Würzburg 1970
- Westermann, Harry
Wesen und Grenzen der richterlichen Streitentscheidung im Zivilrecht, Münster 1955
Die richterliche Ermessensentscheidung als Erscheinung des materiellen Rechts, nach dem Bericht von Schwarz über die Tagung der deutschen Zivilrechtslehrer in Bad Bertrich, AcP 152 (1952/1953), 445 ff. und nach dem Bericht von Baur, JZ 1952, 699
Diskussionsbeitrag zu den Referaten von Rittner u. a.: Ermessensfreiheit und Billigkeitsspielraum des Zivilrichters im deutschen Recht, Arbeiten zur Rechtsvergleichung, Heft 24, Frankfurt a.M./Berlin 1964, S. 114
- Wieczorek, Bernhard
Zivilprozeßordnung und Nebengesetze, 2. Auflage, Berlin/New York 1976 ff. (fortgeführt ab 12. Lieferung (§§ 1025-1048), 1979 von Georg F. Rössler und Rolf A. Schütze)
- Wolff, Hans-Julius
Bachof, Otto
Verwaltungsrecht I, 9. Auflage, München 1974
- Wolff, Hans-Julius
Rechtsgrundsätze und verfahrensgestaltende Grundentscheidungen als Rechtsquellen, in: Forschungen und Berichte aus dem öffentlichen Recht, Gedächtnisschrift für Walter Jellinek, München 1955, S. 33 ff.

Wolff, Hans-Julius

Über die Gerechtigkeit als principium iuris, in: Festschrift für Wilhelm Sauer zu seinem 70. Geburtstag, Berlin 1949, S. 103 ff.

Zeiss, Walter

ZivilprozeßBrecht, 3. Auflage, Tübingen 1978

Zöllner, Richard

Zivilprozeßordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und Nebengesetzen, 11. Auflage, München 1974

I. Einführung

1. Gesetzliche Ausgangslage

In großem Umfang finden sich in der ZPO Vorschriften, die an den Tatbestand keine genauen Rechtsfolgen knüpfen und damit dem Zivilrichter einen mehr oder weniger großen Spielraum für eine Entscheidung einräumen. So überläßt es z. B. § 938 Abs. 1 ZPO dem freien Ermessen des Gerichts, welche Anordnungen beim Arrest oder bei der einstweiligen Verfügung zur Erreichung des Zwecks erforderlich sind. Eine ähnliche Situation ergibt sich oft auf der Tatbestandsseite. Der Tatbestand ist in vielen Fällen vom Gesetzgeber weit gefaßt, insbesondere durch die Verwendung klauselhafter Begriffe. Ein Beispiel hierfür gibt der Begriff "sachdienlich" in § 263 ZPO. Die Sachdienlichkeit entscheidet, ob nach dem Eintritt der Rechtshängigkeit eine Klageänderung zulässig ist.

Mit solcher begrifflich weiten Ausdrucksweise hat sich der Gesetzgeber nicht etwa seiner Aufgabe entzogen, für Rechtsklarheit und Rechtssicherheit zu sorgen. Wollte man einen in jeder Hinsicht genau gefaßten Gesetzestext verlangen, sähe sich der Gesetzgeber zuweilen vor eine unlösbare Aufgabe gestellt. Wie sollte man auch die Gesetze so formulieren und ihre Auslegung in Kommentaren so erschöpfend vornehmen, daß sich keine Anwendungszweifel mehr ergeben ¹⁾?

Diese Schwierigkeit der vollständigen begrifflichen Normierung aller Lebenssachverhalte wird gerade im Zivilprozeß deutlich. Jeder neue - mit keinem ande-

¹⁾ Englisch, Einführung in das juristische Denken, S. 107.

ren völlig übereinstimmende - Streitfall und jedes Parteiverhalten kann einer eigenen Reaktion oder Entscheidung bedürfen.

Freilich beruht die Einräumung eines größeren Entscheidungsspielraumes für den Richter auch auf einem zunehmenden Vertrauen des Gesetzgebers in die Richterschaft und in ihre Fähigkeit, auch bei einem verhältnismäßig weiten Rahmen ihre Entscheidungsbefugnis mit Sachlichkeit und Gerechtigkeitssinn auszuüben ²⁾.

2. Vorausbestimmung des Entscheidungsinhalts beim Ermessen

Wenn man zunächst oberflächlich all diese Bestimmungen unter dem Begriff Ermessensbestimmungen zusammenfaßt, gleichgültig ob sich ein Spielraum für den Richter auf der Tatbestandsseite oder auf der Rechtsfolge-seite zeigt, so wird schon bald deutlich, daß Interpretation und Subsumtion oft keinen hinreichenden Anhalt für die Entscheidungsfindung bieten, wenn man den für den Richter so wesentlichen Entscheidungsmaßstab nur noch ungenau (oder gar nicht mehr) aus dem Gesetz herauszulesen vermag.

Hier stellt sich die Frage, inwieweit das Gesetz den Entscheidungsinhalt im voraus bestimmen kann, ob es dem Richter die Entscheidung schon mehr oder weniger eindeutig "in den Mund legen" kann. Ansonsten bleibt festzustellen, ob das Gesetz dem Richter eine Befugnis eingeräumt hat, verschiedene Interessen selbständig zu werten, und wenn das der Fall ist, den Umfang der eingeräumten Handlungsfreiheit abzustecken.

2) Vgl. Engisch, a.a.O.

Als mögliches Ergebnis kommt infolgedessen in Betracht, daß nach dem Willen und Zweck des Gesetzes nur eine Entscheidung des Richters als "richtig" anzusehen ist. Möglicherweise hat aber auch der Gesetzgeber bewußt auf eine Entscheidung zugunsten der einen richtigen Lösung verzichtet, so daß es dem Richter selbst überlassen bleibt, die für den Einzelfall sachgerechte Lösung zu finden. In diesem Fall wird ihm also ein bestimmter Freiheitsraum eingeräumt. Aus der so eingeräumten Freiheit folgt dann, daß innerhalb des richterlichen Spielraumes mehrere Entscheidungen als sachgerecht und zweckmäßig, damit als "richtig" anerkannt werden. Demgegenüber gibt es bei der ersten Möglichkeit nur eine "richtige" Lösung, die allein mit Sinn und Zweck der Norm vereinbar erscheint.

3. Fragestellung: Begriff und Kriterien des Ermessens, Abgrenzung und Nachprüfbarkeit

Im auffallenden Gegensatz zu Rechtsprechung und Literatur des Verwaltungsrechts fehlt es im Zivilrecht und im Zivilprozeßrecht an einer eingehenden Durchdringung dieses Problemkreises. Schon allein der Wortlaut verschiedener Vorschriften der ZPO bietet Anlaß zur Frage, ob ein Unterschied besteht zwischen den Fällen, in denen von Ermessen die Rede ist, und denen, die dem Richter freies Ermessen zugestehen. So spricht die ZPO in den §§ 3 1. Halbsatz, 108 Abs. 1 Satz 1, 112 Abs. 1, 454 Abs. 1, 510 b 2. Halbsatz, 850 f Abs. 3 Satz 1, 938 Abs. 1 und 1034 Abs. 2 von freiem Ermessen. Der Begriff billiges Ermessen findet sich in den §§ 91 a Abs. 1 Satz 1, 93 a Abs. 1 Satz 2, Abs. 3 Satz 2 ZPO und der Begriff Ermessen allein in §§ 100 Abs. 2, 287 Abs. 1 Satz 2, 398 Abs. 1, 566 a Abs. 5 Satz 1, 658 Abs. 2. § 287 Abs. 1 Satz 2 ZPO überläßt es z. B. dem Ermessen des

Gerichts, ob und inwieweit eine beantragte Beweis-
aufnahme oder von Amts wegen die Begutachtung durch
Sachverständige angeordnet wird. Im schiedsgericht-
lichen Verfahren stellt es § 1034 Abs. 2 ZPO dem
Schiedsgericht anheim, das gesamte Verfahren, also
auch die Beweisaufnahme, nach freiem Ermessen zu be-
stimmen, soweit die Parteien keine Vereinbarung ge-
troffen haben. Besagt nun freies Ermessen anders als
nur Ermessen, daß hier das Ermessen frei und ungebun-
den ist, oder ist es letzterem gleichzusetzen?

Ausgangspunkt für eine solche Überlegung kann aber
wiederum nur die Frage sein, was Ermessen eigentlich
heißt. Dabei wird zu untersuchen sein, ob unter Er-
messen nur die Möglichkeit zu verstehen ist, zwischen
verschiedenen Verhaltensweisen zu wählen, oder auch
die Möglichkeit, bei der Subsumtion eines Sachverhalts
unter unbestimmte Rechtsbegriffe eine verschiedene
Wertung vorzunehmen. Mit anderen Worten: Gibt es Er-
messen nur auf der Rechtsfolgeseite oder auch auf der
Tatbestandsseite? Hierbei liegt es nahe, die Unter-
suchung auf die freie Beweiswürdigung des Richters zu
erstrecken und zu klären, ob auch diese als Ermessen
des Richters zu verstehen ist.

Im weiteren schließt sich daran die Frage an, ob es
mit dem Gesetzeswortlaut überhaupt ein Ermessen als
"freies" gibt. Wenn dies zu verneinen ist, bleibt
dann, die Grenzen des Ermessens aufzuzeigen und den
Umfang der Nachprüfbarkeit zu bestimmen.

Diesem Problemkreis - beschränkt auf das Verfahrens-
recht der ZPO - ist diese Arbeit gewidmet. Sie soll
sich dabei in der Hauptsache mit den Vorschriften
der ZPO befassen, die nach ihrem Wortlaut bereits
von freiem Ermessen sprechen. In diesem Zusammenhang
soll auch versucht werden, zu klären, ob die Fälle freier
richterlicher Beweiswürdigung dem Begriff Ermessen
unterzuordnen sind oder gegenüber dem Ermessen
etwas Wesensverschiedenes darstellen.

II. Überblick über den Stand der Dogmatik zum Ermessensbegriff im Verwaltungsrecht

Bevor auf die Ermessensproblematik in der ZPO eingegangen werden soll, soll zunächst ein Überblick über den heutigen Stand der Dogmatik zum Ermessensbegriff auf dem Gebiet des Verwaltungsrechts gegeben werden, wo bereits eine weitgehende Durchdringung des Problems stattgefunden hat, wenn auch noch nicht alle Streitpunkte ausgeräumt sind.

Damit soll nicht einer bedenkenlosen Übernahme der Verwaltungsrechtsdogmatik das Wort geredet werden, vielmehr ist im weiteren zu fragen, ob und inwieweit diese auch für das Ermessen des Zivilrichters im Verfahrensrecht nutzbar gemacht werden kann.

Daß nämlich die strikte Unterscheidung O. Mayers ¹⁾ beim Vergleich der Verwaltungs- und Rechtsprechungsakte richtig sein soll, wonach die richterliche Entscheidung streng gesetzesgebunden sei, während der Verwaltungsbehörde durch das Gesetz die Möglichkeit gegeben werden könne, zu sagen, was sie für richtig hält, mag doch ernsthaften Zweifeln unterliegen. Allerdings wird man auch nicht vorbehaltlos Ermessen gleich Ermessen setzen können. Insoweit bietet bereits die vielgebrauchte Terminologie, die zwischen richterlichem Ermessen und Verwaltungsermessen unterscheidet einen Anhaltspunkt.

Um eine übermäßige Beschränkung der Verwaltung durch Gesetzgebung und Rechtsprechung zu verhindern, versuchte man der Verwaltung einen gewissen Freiraum in ihrem Handeln zu gewähren. Gründe hierfür dürften so-

¹⁾ Deutsches Verwaltungsrecht, 1. Band, S. 98 f.

wohl "die Besorgnis vor der Gefährdung" einer freien Verwaltung "durch juristischen Formalismus" sein wie auch "die Furcht vor Mißgriffen der Verwaltungsgerichtsbarkeit" ²⁾.

1. Gesetzliche Regelung

Nur teilweise findet sich eine gesetzliche Regelung der Ermessensproblematik. So bestimmt § 40 VwVfG, daß die Behörde, wenn sie ermächtigt ist, nach ihrem Ermessen zu handeln, dieses entsprechend dem Zweck der Ermächtigung auszuüben und die gesetzlichen Grenzen des Ermessens einzuhalten habe. § 40 VwVfG bezieht sich also auf den Inhalt des Ermessens und lehnt sich hierbei in der Formulierung an § 114 VwGO an, der die Nachprüfbarkeit des Ermessens durch die Verwaltungsgerichte betrifft.

Das Verhältnis von Verwaltungsermessen und richterlicher Nachprüfbarkeit ist dabei dogmatisch nicht eben geklärt ³⁾. Man muß jedoch davon ausgehen, daß kein notwendiger Zusammenhang zwischen Ermessen und Nachprüfbarkeit besteht. Dies zeigt sich auch daran, daß in Angelegenheiten des übertragenen Wirkungskreises die Widerspruchsbehörde als Fachaufsichtsbehörde eine Ermessensentscheidung der Ausgangsbehörde in der Regel in vollem Umfang nachprüfen kann und gegebenenfalls durch eine eigene Ermessensentscheidung ersetzen kann ⁴⁾. Die Beschränkung der Nachprüfbarkeit des Verwaltungsermessens durch die Verwaltungsgerichte dürfte auf der

2) Tezner, Das freie Ermessen der Verwaltungsbehörden, S. 15.

3) Eyermann-Fröhler, VwGO, § 114 RdNr. 1; Rupp, Ermessensspielraum und Rechtsstaatlichkeit, NJW 1969, 1273 ff.

4) Vgl. Art. 109 Abs. 2 Bayerische Gemeindeordnung

unterschiedlichen Aufgabenzuweisung für Verwaltungsbehörde und Verwaltungsgericht beruhen.

2. Begriff des Ermessens

Der Darstellung des dogmatischen Stands der heute herrschenden Rechtsprechung und Literatur hat eine Klärung des Begriffes Ermessen voranzugehen. Ermessen bedeutet nach Forsthoff ⁵⁾ "einen Spielraum des Handelns und Entschlusses, die Wahl zwischen mehreren, in gleicher Weise möglichen Arten des Sichverhaltens". Jellinek ⁶⁾ definiert das freie Ermessen "als die vom Gesetz für maßgeblich erklärte, fehlerfrei zustande gekommene, individuelle Abgrenzung eines unbestimmten Begriffs innerhalb seiner beiden äußersten Grenzen, insbesondere die individuelle Auffassung über den inneren Wert oder Unwert einer Verwirklichung".

Ermessen und rechtsatzmäßige Bindung der Verwaltung bildeten von jeher einen Gegensatz. Das Ermessen mit seinem Wahl- und Selbstentscheidungsrecht konnte im Normaufbau der Tatbestandsseite wie der Rechtsfolgeanordnung zugerechnet werden. Das Tatbestandsermessen war enthalten in weitgefaßten, mehrdeutigen Begriffen, den sog. Ermessensbegriffen, während diesen die nach dem Gesetzeszweck nur eine richtige Entscheidung zulassenden Begriffe, die sog. unbestimmten Rechtsbegriffe, gegenüberstanden ⁷⁾.

5) Lehrbuch des Verwaltungsrechts, 1. Band, Allgemeiner Teil, S. 84 f.

6) Verwaltungsrecht, S. 32.

7) Ossenbühl, Tendenzen und Gefahren der neueren Ermessenslehre, DÖV 1968, 618 ff.

Der Streit um die Begriffsqualifikation führte zur Aufspaltung in den unbestimmten Rechtsbegriff und in das Ermessen. Gerade die Definition Jellineks blieb freilich noch der alten Auffassung verhaftet, indem sie in ihrem Wortlaut ersichtlich macht, daß Ermessen auch den Problemkreis umfassen soll, der von der heute h. L. vom Ermessen getrennt wird, den Bereich des unbestimmten Rechtsbegriffs. Hierbei soll freilich nicht verkannt werden, daß auch Jellinek schon die besondere Stellung des unbestimmten Begriffes gesehen hat, wenn er feststellt, daß nicht jede Unbestimmtheit freies Ermessen bedeutet. Ermessen liege nur bei "vom Gesetz gewollter Mehrdeutigkeit" vor, während "die Freiheit bei der Gesetzesauslegung keine wirkliche Freiheit" sei ⁸⁾.

3. Dualismus Ermessen - unbestimmter Rechtsbegriff

Dieser Dualismus von Ermessen und unbestimmtem Rechtsbegriff ⁹⁾ hat die Diskussion der Ermessensproblematik im Verwaltungsrecht in den letzten Jahren beherrscht. Die auf Bachof ¹⁰⁾ und Ule ¹¹⁾ zurückgehende h. M. unterscheidet scharf zwischen Beurteilungsspielraum und Ermessen ¹²⁾. Hierbei folgt die Trennung dem Normaufbau, indem sie annimmt, daß es unbestimmte Rechtsbegriffe nur auf der Tatbestandsseite gibt, während Ermessen nur auf der Rechtsfolgeseite möglich ist. Er-

8) A.a.O., S. 30/31.

9) Ehmke. 'Ermessen' und 'unbestimmter Rechtsbegriff' im Verwaltungsrecht, S. 23.

10) Beurteilungsspielraum, Ermessen und unbestimmter Rechtsbegriff, JZ 1955, 97 ff.

11) Zur Anwendung unbestimmter Rechtsbegriffe im Verwaltungsrecht, S. 309 ff.

12) Obermayer, Grundzüge des Verwaltungsrechts und des Verwaltungsprozeßrechts, S. 60 ff., Erichsen-Martens, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 12 II. 1. b., 2., S. 160 ff.; Wolff-Bachof, Verwaltungsrecht I, § 31 II. c, 3. B, S. 188.

messen wird heute verstanden "als gesetzesakzessorische und gesetzesgelenkte Wahlfreiheit der Verwaltung bei der Rechtsfolgebestimmung" ¹³⁾.

4. Unbestimmter Rechtsbegriff

Unbestimmte Rechtsbegriffe, wie z. B. "öffentliches Wohl", "unbillige Härte" oder "angemessen", finden durch Auslegung ihre Konkretisierung, Ermessen wird nicht ausgeübt. Den Sinngehalt dieser Begriffe zu ermitteln, ist eine Rechtsfrage ¹⁴⁾. Der Verwaltung kommt insofern keine Wahlmöglichkeit zwischen mehreren Verhaltensweisen zu, vielmehr kann nur eine Entscheidung dem Gesetzeszweck entsprechen. Beim unbestimmten Rechtsbegriff ist trotz aller Auslegungsschwierigkeiten vom Gesetz nur grundsätzlich eine Lösung als - im Sinne logischer Subsumtion - richtige "gewollt" ¹⁵⁾. Der Verwaltungsbehörde obliegt es, diese eine richtige Entscheidung herauszufinden. Es findet ein typischer Fall der Auslegung und Subsumtion statt ¹⁶⁾.

Freilich gibt die Forderung nach der einen richtigen Entscheidung gleich die Frage auf, ob es sich dabei nicht um eine reine Fiktion handelt. Besonders deutlich wird dies in Fällen, wo eine Konkretisierung des unbestimmten Rechtsbegriffs nicht auf empirischen Fakten beruht, sondern sittliche und ethische Maßstäbe herangezogen werden müssen. So führt das BVerwG in seinem Urteil vom 16.12.1971 ¹⁷⁾ zum Begriff "Eignung

13) Ossenbühl, a.a.O.

14) H.-J. Wolff-Bachof, Verwaltungsrecht I, § 31 c, S. 188.

15) Jesch, Unbestimmter Rechtsbegriff und Ermessen, AÖR 82, 165 ff., 211 ff.

16) Forsthoff, a.a.O., S. 86.

17) DÖV 1972, 419.

zur Jugendgefährdung" in § 1 Abs. 1 Satz 1 des Gesetzes über die Verbreitung jugendgefährdender Schriften aus:

"Es handelt sich bei der Indizierung jedoch nicht lediglich um die Feststellung von Tatsachen und deren Subsumtion; die Entscheidung über die Eignung zur Jugendgefährdung enthält vielmehr ein vorausschauendes und zugleich richtungsweisendes Urteil mit erheblichem Einschlag wertender Elemente. Die Vorstellung, daß bei der Anwendung des Begriffs der Eignung zur Jugendgefährdung nur eine richtige Lösung möglich sei, erweist sich als Fiktion".

a) Ansichten Ules und Bachofs zum unbestimmten Rechtsbegriff

Insbesondere mit Rücksicht auf die gerichtliche Nachprüfung haben Ule ¹⁸⁾ und Bachof ¹⁹⁾ in ihren Untersuchungen bereits der Verwaltung einen gewissen Spielraum eingeräumt. Dabei ist das Ergebnis beider im wesentlichen dasselbe. Während Ule eine Beschränkung auf eine "Vertretbarkeitskontrolle" fordert, wonach nur überprüfbar ist, ob die Auslegung des unbestimmten Rechtsbegriff durch die Verwaltungsbehörde als "vertretbar" angesehen werden kann ²⁰⁾, streitet Bachof für die Anerkennung eines nur beschränkt überprüfbaren Beurteilungsspielraums. Übereinstimmung besteht im wesentlichen darin, daß bei Verwendung eines Teils unbestimmter Rechtsbegriffe - bei Ule sind es die sog. normativen Begriffe, bei Bachof die Wertbegriffe und u. U. auch die Erfahrungsbegriffe - im Tatbestand einer verwaltungsgerichtlich nachprüfbaren Norm nur ein "Kernbereich" vom Gesetzgeber eindeutig geklärt wurde, während im "Hofbereich" eine Konkretisierung durch die Behörde erfolge. Im letzteren Fall

18) A.a.O.

19) A.a.O.

20) Ule, a.a.O., S. 326.

müsse das Gericht die Wertung der Verwaltungsbehörde respektieren, soweit dieser ein richtiger Sachverhalt zugrunde liege, der "Begriffstyp" richtig erfaßt sei, und darauf keine sachfremden Gesichtspunkte Einfluß genommen hätten ²¹⁾.

Diese Lehre stützt sich einerseits auf die Einsicht, daß bei der Subsumtion eines Sachverhalts unter einen gesetzlichen Tatbestand, der einen unbestimmten Rechtsbegriff enthält, oft eine eindeutige Antwort nicht verlangt werden kann. Ferner glaubt sie eine Korrektur der behördlichen Entscheidung nur dann zu lassen zu dürfen, wenn diese die Grenzen des Beurteilungsspielraumes überschritten hat bzw. die Entscheidung nicht mehr vertretbar ist.

Dabei wird differenzierend wieder unterschieden zwischen sog. "Wertbegriffen" und "Erfahrungsbegriffen" ²²⁾ bzw. "deskriptiven" und "normativen" Begriffen ²³⁾. So sei bei Wertbegriffen darauf abzustellen, ob und inwieweit die angesprochenen Wertvorstellungen überhaupt so objektivierbar seien, daß nur eine einzige richtige Entscheidung als möglich erscheine ²⁴⁾. Insbesondere bei diesen Begriffen sei die Urteilsbildung wesensmäßig subjektiv und irrationalen Einflüssen unterworfen. Berücksichtige man den Sachverstand der Verwaltungsbehörde, so solle es den Verwaltungsgerichten in Grenzfällen verwehrt sein, ihr eigenes Werturteil an die Stelle des Urteils der Verwaltungsbehörde zu

21) Kellner, Der sog. Beurteilungsspielraum in der verwaltungsgerichtlichen Prozeßpraxis, NJW 1966, 858 f.

22) Bachof, a.a.O., S. 99.

23) Ule, a.a.O., S. 318.

24) Bachof, a.a.O., S. 102.

setzen ²⁵⁾. Bei Erfahrungsbegriffen dagegen sei in der Regel davon auszugehen, daß nur eine einzige richtige Entscheidung vom Gesetzgeber gewollt sei ²⁶⁾.

b) Rechtsprechung zum unbestimmten Rechtsbegriff

Die Rechtssprechung ist dieser Lehre gegenüber recht zurückhaltend ²⁷⁾. Weitgehend hat sie einen Beurteilungsspielraum nur noch in Fällen sog. "höchstpersönlicher" Werturteile bei Prüfungen und anderer sog. pädagogischer Entscheidungen zugelassen ²⁸⁾, so daß das oben zitierte Urteil möglicherweise nur eine "Eintagsfliege" war ²⁹⁾. Im übrigen folgt das Bundesverwaltungsgericht der Ansicht, daß es sich bei diesen Begriffen um "der verwaltungsgerichtlichen Kontrolle voll unterliegende Rechtsbegriffe" handele ³⁰⁾, oder daß das Vorhandensein der durch solche Begriffe umschriebenen Voraussetzung "eine im vollen Umfange im verwaltungsgerichtlichen Verfahren nachprüfbare Tat- und Rechtsfrage" sei ³¹⁾.

25) Ule, a.a.O., S. 326.

26) Bachof, a.a.O., S. 100.

27) Vgl. Kellner, a.a.O.

28) BVerwGE 24, 60, 64; 35, 69, 73 f.

29) Vgl. auch Bullinger, Ermessen und Beurteilungsspielraum, NJW 1974, 769 ff.

30) BVerwGE 2, 295.

31) BVerwGE 2, 324; vgl. auch 3, 186.

5. Ermessen

a) Rechtssprechung und herrschende Lehre zum Ermessen

Von dem Beurteilungsspielraum trennt die heute h. L. und Rechtssprechung streng das Ermessen, verstanden als Rechtsfolgeermessen ³²⁾. Es ist das Handlungs- und Gestaltungsermessen des Verwaltungsbeamten in den Fällen, in denen ihm vom Gesetz ein Entscheidungsspielraum eingeräumt ist. Der Verwaltung die Möglichkeit zu geben, unter mehreren durch Gesetz zugelassenen Maßnahmen diejenigen zu treffen, die für den Einzelfall unter den gegebenen Umständen am geeignetsten erscheinen, dürfte der Sinn eines solchen Spielraumes sein ³³⁾. Damit soll auch erreicht werden, daß sie sich weniger von Rechts- als von Zweckmäßigkeits- erwägungen leiten lassen soll ³⁴⁾.

Ein solcher der Verwaltung eingeräumter Ermessensspielraum ist aber natürlich angesichts des geltenden Rechtsstaatsprinzips nicht unbeschränkt. Zunächst ist schon notwendige Voraussetzung und damit Grenze der Ermessensausübung, daß der Gesetzestatbestand erfüllt ist ³⁵⁾. Damit ergibt sich bereits, daß das Ermessen nur mehr dort walten kann, wo das Gesetz nicht selbst bereits Umstände und Wertabwägungen vorschreibt ³⁶⁾. Die Behörde muß sich von den Zielsetzungen des Gesetzes leiten lassen, andernfalls ist ihre Entschließung rechtswidrig ³⁷⁾. Sie kann nur richtig handeln, wenn sie bei

32) Z. B. BVerwGE 16, 116 ff.; DVBl. 1965, 914, 915 re.

33) Vgl. Bullinger, a.a.O.

34) Vgl. Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S. 281 f.

35) BVerwGE 4, 300; Ossenbühl, a.a.O., S. 621.

36) Ossenbühl, a.a.O.; Larenz, a.a.O.

37) BVerwGE 11, 95 ff.

ihren Erwägungen Sinn und Zweck des Gesetzes im Auge behält und danach ihre Entscheidung ausrichtet.

b) Abweichende Ansichten

Freilich ist diese h. L. nicht unbestritten. Die Angriffspunkte gegen sie sind weit gefächert. Dementsprechend sollen auch nur einige entgegengesetzte Ansichten hier zu Wort kommen, ohne daß im Rahmen dieses Überblicks über die verwaltungsrechtliche Dogmatik zum Ermessensbegriff eine Auseinandersetzung mit diesen Lehren erfolgen soll.

So wendet sich Ehmke ³⁸⁾ gegen die Unterscheidung von unbestimmtem Rechtsbegriff und Ermessen. Seiner Ansicht nach gibt es einmal die zwei Seiten der Norm gar nicht, soweit die Handlungsbefugnisse nicht an bestimmte Voraussetzungen, sondern an bestimmte Richtlinien gebunden sind. Zum zweiten würde die Beschränkung des Ermessens auf die Rechtsfolge die Einheit der Norm zerreißen. Schließlich seien auch Normen vorstellbar, in denen Handlungsvoraussetzungen und Rechtsfolge in unlösbarem Zusammenhang miteinander stünden. Das Ermessensproblem sei ein allgemeines und einheitliches verwaltungsrechtliches Problem. Eine Beschränkung auf "kann"-Vorschriften gebe es nicht. Unbestimmte Rechtsbegriffe könnten der Verwaltung viel weitergehende Handlungsfreiheit einräumen ³⁹⁾. Deshalb könne auch das Ausmaß verwaltungsgerichtlicher Kontrolle nicht aus einzelnen Worten und Begriffen, sowie deren Stellung in der Norm und Struktur abgeleitet werden, sondern müsse aus der Aufgabe der Verwaltung und der der Verwaltungsgerichtsbarkeit bestimmt werden.

38) A.a.O., S. 28.

39) A.a.O., S. 45.

Ehmke zustimmend, daß sich aus der Lokalisierung eines Begriffes keine Aussagen zur Ermessensproblematik finden lassen, geht Rupp soweit, jegliches Verwaltungsermessen, sei es als Beurteilungsspielraum beim unbestimmten Rechtsbegriff oder beim Ermessen auf der Rechtsfolgeseite als verfassungswidrig abzulehnen ⁴⁰⁾. Rupp sieht in dieser Lehre nur eine "rechtsdogmatische Fassade". Seiner Meinung nach kann die Ermessenslehre mit dem Hinweis darauf abgetan werden, daß bei der Überprüfung von Ermessensentscheidungen oder unbestimmten Rechtsbegriffen der Richter behutsamer, taktvoller und aufgeschlossener judizieren muß als sonst. Es handele sich also nur um ein an sich selbstverständliches und stets zu übendes Entscheidungsverhalten des Richters. Im übrigen verlangt er aber die volle Kontrolle durch den Richter.

Schließlich ist nach W. Schmidt ⁴¹⁾ das Ermessen entgegen der h. M. keine Frage der unbestimmten Rechtsfolge, sondern des unbestimmten Tatbestandes, ein Ermessen auf der Rechtsfolgeseite scheide aus. Damit dürfte jedoch wohl die Grenzziehung zum unbestimmten Rechtsbegriff verkannt worden sein und auch das Wesen des administrativen Ermessens ⁴²⁾.

6. Pflichtgebundenes Ermessen

Ermessensfreiheit kann aber - und darum hat sie Platz in unserem Rechtsstaat ⁴³⁾ - nur dahin verstanden werden, daß auch sie gewissen Schranken unterliegt. Dabei ist Ermessensfreiheit bereits zu verstehen als der

40) Grundfragen der heutigen Verwaltungsrechtslehre, S. 198 ff.

41) Gesetzesvollziehung durch Rechtsetzung, S. 157 ff.

42) Ossenbühl, Ermessen, Verwaltungspolitik und unbestimmter Rechtsbegriff, DÖV 1970, 84 ff.

43) BVerwGE 11, 95 ff.

Spielraum, der der Verwaltung nach Berücksichtigung der Zielsetzungen des Gesetzes, der vom Gesetz festgelegten Abwägungskriterien noch verbleibt. Es gibt also kein freies Ermessen im Sinne einer unkontrollierbaren Entscheidungsbefugnis der Verwaltungsbehörde. Vielmehr ist das Ermessen pflichtgebunden ⁴⁴⁾. Die Pflichtgebundenheit der Verwaltung ist als dem Rechtsstaat immanent anzusehen.

a) Grenzen des Ermessens nach § 40 VwVfG,
§ 114 VwGO

Freilich ist auch die Aussage von der Pflichtgebundenheit der Verwaltung wenig konkret. Wann handelt die Verwaltung pflichtgemäß? Insoweit fehlt es zwar nicht an von der Rechtssprechung festgelegten Kriterien, jedoch wurde der Versuch einer Gruppierung der einzelnen Fallgestaltungen der Lehre überlassen. Das Gesetz (§ 40 VwVfG, § 114 VwGO) gibt im Groben eine Einteilung dafür, wann die Grenzen des Ermessens überschritten sind. Es unterscheidet nach Ermessensmißbrauch und Ermessensüberschreitung, wobei wiederum eine scharfe Trennung dieser Begriffe vielfach nicht möglich ist. Ermessensüberschreitung wird dabei oftmals auch verstanden als Überschreitung der "äußeren Grenzen" und Ermessensfehlgebrauch als Überschreitung der "inneren Grenzen". Die äußeren Grenzen werden durch die Ermächtigungsnorm gezogen ⁴⁵⁾. Sie umfassen z. B. Kompetenz, Verfahren und materiellrechtliche Voraussetzungen ⁴⁶⁾. Kurz gesagt, als äußere Grenzen kann man diejenigen bezeichnen, die den Handelnden ermächtigen, hinsichtlich einer bestimmten

44) BVerwGE 11, 95 ff.; Forsthoff a.a.O., S. 97;
Larenz a.a.O.

45) Jesch, a.a.O., S. 209.

46) So schon von Laun, Das freie Ermessen und seine Grenzen, S. 114.

Sachlage sein Ermessen walten zu lassen ⁴⁷⁾.

b) Versuch einer Gruppenbildung nach Fachinger
Fachinger ⁴⁸⁾ versucht, beim Ermessensfehlgebrauch
folgende Hauptfälle zu unterscheiden:

- aa) Ermessensfehler aus Rechtsirrtum
- bb) Ermessenswillkür
- cc) Ermessensmißbrauch.

Dabei haben diese Gruppen gemeinsam, daß nicht das
Ergebnis der Entscheidung, sondern die Art ihres
Zustandekommens zu beanstanden ist ⁴⁹⁾. Den gesetz-
widrigen Erwägungen, die in der Entscheidung ihren
Ausdruck gefunden haben, wird die Anerkennung ver-
sagt.

- aa) Beim Ermessensfehler aus Rechtsirrtum stellt die
Behörde rechtlich unzutreffende Erwägungen an.
Ein solcher Ermessensfehler ist insbesondere dann
anzunehmen, wenn sich die Behörde rechtlich gebun-
den glaubt, in Wirklichkeit aber in ihrer Entschei-
dung frei ist.
- bb) Unter Ermessenswillkür will Fachinger drei Arten
von Ermessensfehlern zusammenfassen:

- Verstoß gegen das Prinzip der Gleichheit.

Insbesondere Fleiner ⁵⁰⁾ hat sich für eine solche

47) Jesch, a.a.O.

48) Überschreitung und Fehlgebrauch des Verwaltungs-
ermessens, NJW 1949, 244 ff.

49) Eyermann-Fröhler, a.a.O., § 114 RdNr. 19 ff.

50) Einzelrecht und öffentliches Interesse, S. 3.

Beschränkung des Ermessens eingesetzt. "Die Behörde darf bei Gleichheit der tatsächlichen Verhältnisse und Gleichheit der Rechtslage einen Bürger und eine Kategorie von Bürgern nicht anders behandeln als alle übrigen" ⁵¹⁾.

- Verstoß gegen das Formprinzip durch Mißachtung der Verwaltungsübung.

Diese Untergruppe beruht auf einem dem Verwaltungsrecht eigenen Institut der Selbstbindung der Verwaltung ⁵²⁾, wonach die Verwaltung durch ständige, einheitliche und rechtmäßige Verwaltungspraxis einen Vergleichsmaßstab setzt, von dem sie ohne sachlichen Grund nicht abweichen kann.

- Sonstiges Handeln nach Belieben.

Als unzulässiges "Handeln nach Belieben" sind u. a. die Fälle zu begreifen, in denen die Behörde vernünftige Erwägungen außer acht läßt, Umstände, die vom Gesetz als maßgebend angesehen werden, unberücksichtigt läßt oder Angelegenheiten als Privatsachen behandelt, die ihrer beliebigen Verfügung unterliegen.

cc) Ermessensmißbrauch

Die letzte Fallgruppe umfaßt Entscheidungen, denen unzulässige Beweggründe, (z. B. unsachliche oder zweck- bzw. sachfremde) Erwägungen usw. zugrunde liegen.

Daß dieser Versuch einer Typologie nicht in allen Einzelheiten auch unbestritten geblieben ist, zeigt schon eine Gegenüberstellung der Ansichten von Jesch und Eyermann-Fröhler. Während Jesch zu den inneren

51) Vgl. auch Eyermann-Fröhler, a.a.O., § 114 RdNr. 22 ff.

52) BVerwGE 31, 212, 213 f.

Grenzen der Ermessensausübung u. a. den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit von Zweck und Mittel zählt, reiht Eyermann-Fröhler dies unter das Stichwort Ermessensüberschreitung, also unter die äußeren Grenzen ein, wobei hier dahinstehen soll, inwieweit er damit mit Fachinger übereinstimmt, auf den er sich ansonsten beruft.

7. Ermessen bei der freien Beweiswürdigung

Schließlich stellt sich noch die Frage, inwieweit eine Beweiswürdigung seitens der Verwaltungsbehörde bei der Erforschung eines Sachverhalts einer Ermessensentscheidung gleichkommt oder zumindest mit dieser vergleichbar ist.

Hiervon zu trennen ist die Frage, ob eine Ermessensentscheidung, die auf einer unrichtigen Würdigung des Tatbestandes beruht, deswegen fehlerhaft ist. Insoweit scheinen keinerlei Zweifel zu bestehen, daß eine Ermessensentscheidung, deren Grundlagen auf einer unrichtigen Tatsachenwürdigung beruhen, mit einem Ermessensfehler behaftet ist, der die Rechtswidrigkeit der Entscheidung und als Folge ihre Aufhebung bedingt⁵³⁾.

Was die Beweiswürdigung selbst angeht, so handelt es sich um keine Ermessensausübung seitens der Verwaltungsbehörde. Die Feststellung des Sachverhalts auf Grund der getroffenen Beweisaufnahme ist nur eine Tatfrage⁵⁴⁾. Sie bildet die Grundlage für die Entscheidung der Verwaltungsbehörde. Die Behörde kann hier nur eine richtige Entscheidung treffen, jede andere ist falsch⁵⁵⁾. Der Behörde steht also kein

53) Bad.-Württ. VGH, VerwRspr. 5, 367; Forsthoff, a.a.O., S. 99.

54) Vgl. Eyermann-Fröhler, a.a.O., § 114 RdNr. 3.

55) Bad.-Württ. VGH, DÖV 1948, 123.

Ermessen zu, welchen Sachverhalt sie für gegeben hält, vielmehr ist sie an das allein mögliche Ergebnis der Beweiswürdigung gebunden. Insofern ist die Tatsachenfeststellung ebenso wie die Auslegung eines unbestimmten Rechtsbegriffs gerichtlich nachprüfbar ⁵⁶⁾.

Ein näheres Eingehen auf die Frage, ob die Beweiswürdigung als Unterfall des Ermessens angesehen werden kann, soll im übrigen den Ausführungen überlassen bleiben, die sich speziell mit dem Ermessen des Zivilrichters befassen.

56) Bachof, a.a.O., S. 99.

III. Richterliches Ermessen, insbesondere im Zivilprozeß

1. Fehlen einer gesetzlichen Begriffsbestimmung

Was den Bereich des richterlichen Ermessens, insbesondere im Zivilprozeß, anlangt, so ist zunächst festzustellen, daß ebenso wie im Verwaltungsrecht im Gesetz nicht definiert ist, was unter Ermessen verstanden werden soll. So oblag es der Rechtsprechung und Literatur, Wesen und Bedeutung des Ermessens zu ermitteln. Verständlicherweise sind je nach dem Ausgangspunkt und den Anforderungen, die an den Inhalt des Ermessensbegriffs gestellt wurden, die Ergebnisse außerordentlich unterschiedlich.

2. Überlegungen Wardas zum richterlichen Ermessen

Nach Warda ¹⁾ ist auf Grund der Begriffsverwirrung in Literatur und Rechtsprechung der Begriff des richterlichen Ermessens selbständig zu bestimmen. Dies könne von verschiedenen Blickrichtungen aus geschehen. Aus der Sicht des Gesetzgebers gehe es darum, inwieweit das Gesetz den einzelnen Richterspruch im voraus festlegen solle und könne oder aus Gründen der Flexibilität des Rechts von vornherein der mehr oder minder freien Ausgestaltung durch den Richter überlassen solle ("rechtspolitisch-legislatorischer Aspekt"). Der Ermessensbegriff könne des weiteren dazu herangezogen werden, den Bereich ausgeschlossener oder eingeschränkter Nachprüfbarkeit richterlicher Spruchstätigkeit durch die Revisionsinstanz und die Instanz der weiteren Beschwerde abzugrenzen ("rechtsdogmatisch-prozeßrechtlicher Aspekt"). Schließlich sei es auch möglich, das Ermessen "als Erscheinung des materiellen Rechts" schlechthin anzusehen, indem sein sachlich-rechtliches

1) Dogmatische Grundlagen des richterlichen Ermessens im Strafrecht, S. 7.

Wesen untersucht und es von anderen Formen richterlicher Entscheidungsfunktionen unterschieden werde ("rechtsdogmatisch-materiellrechtlicher Aspekt").

3. Drei Auffassungen zum Ermessensbegriff

Im wesentlichen können drei Auffassungen zum Ermessensbegriff unterschieden werden, die dadurch gekennzeichnet sind, daß sie mit Begriffspaaren arbeiten.

a) Ermessen und unbestimmter Rechtsbegriff

Das am häufigsten angewandte Begriffspaar stammt aus dem Verwaltungsrecht. Es sind Ermessen und unbestimmter Rechtsbegriff (vgl. die Nachweise im Abschnitt II.). Von dort hat es Eingang in die Methodenlehre ²⁾ und auch in die Zivilrechts- und Zivilprozeßrechtslehre gefunden ³⁾.

b) Handlungsermessen und Urteilsermessen

Die Begriffe Handlungsermessen - Urteilsermessen ⁴⁾, die auch aus dem Verwaltungsrecht stammen, wurden ebenfalls von der Zivilprozeßlehre ⁵⁾ und von der Methodenlehre ⁶⁾ übernommen.

2) Engisch, Einführung in das juristische Denken, S. 106 ff.

3) Enneccerus-Nipperdey, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, Allgemeiner Teil, 1. Halbband, § 50 II; Westermann, Wesen und Grenzen der richterlichen Streitentscheidung im Zivilrecht, S. 22 ff.

4) Flume, Steuerwesen und Rechtsordnung, S. 59 ff.

5) Bötticher, Regelungsstreitigkeiten, S. 89 ff., insbesondere 100 ff.

6) Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 2. Auflage, 1969, S. 272 f. (in den folgenden Auflagen verwendet Larenz den Begriff Urteilsermessen nicht mehr).

Nach Bötticher soll der Richter bei Regelungsstreitigkeiten, unter denen er Interessenkonflikte versteht, die die Gestaltung einzelner Verhältnisse betreffen, ein Handlungsermessen walten lassen. Der Richter solle hier nämlich eine Synthese zwischen den widerstrebenden Interessen der Parteien finden. Der Schwerpunkt des Regelungsstreits liege deshalb in der Auswahl der geeignetsten Regelung, deren meist mehrere denkbar seien. Diese sei nicht vorausbestimmt. Regelungsstreitigkeiten seien eben nicht Rechtsstreitigkeiten, die nach dem Gesetz zu entscheiden seien und bei denen der Richter zur Rechtsbehauptung des Klägers nur ja oder nein sage.

Larenz sieht den entscheidenden Unterschied zwischen dem Urteilsermessen des Richters und dem Handlungsermessen der Verwaltung darin, daß bei diesem die Entscheidung nicht allein nach rechtlichen Erwägungen, sondern auch nach Zweckmäßigkeit und Opportunität zu treffen ist, während es beim richterlichen Urteilsermessen allein um Gerechtigkeit gehe und diese verlange, daß gleichartige Fälle gleich beurteilt würden.

c) Tatbestandsermessen und Rechtsfolgeermessen

Schließlich unterscheidet ein drittes Begriffspaar streng formal zwischen Tatbestandsermessen und Rechtsfolgeermessen. Diese Auffassung geht auf Seuffert zurück ⁷⁾. Rittner ⁸⁾ sieht ihren großen Vorteil darin, daß sie prinzipiell jede Entscheidungsfreiheit des Richters erfassen könne, sie führe jedoch nicht sehr weit, weil sie eben allein auf den "Ort" des Ermessens in der Rechtsnorm abstelle.

7) Über richterliches Ermessen, S. 114.

8) Ermessensfreiheit und Billigkeitsspielraum des Zivilrichters im deutschen Recht, S. 23.

Man kann diese Auffassungen auch dahingehend aufgliedern, daß nach der einen Auffassung, die auf den Sitz des Entscheidungsspielraumes abstellt, ein Ermessen lediglich bei der Festsetzung von Rechtsfolgen, ein sog. Rechtsfolge- oder Handlungsermessen, anzuerkennen ist ⁹⁾. Die andere Auffassung ¹⁰⁾ bejaht einen Ermessensvorgang auch bei der Einordnung eines Sachverhalts unter die gesetzlichen Tatbestandsbegriffe (Tatbestands- oder Urteilsermessen).

4. Sonstige Einzelmeinungen zum Ermessensbegriff

Daneben bestehen noch viele Einzelmeinungen. So sieht Schwinge ¹¹⁾ z. B. Ermessen ganz allgemein als "das Gegenteil von bloßem Nachdenken fremder Gedankengänge". Klein ¹²⁾ stellt Ermessen mit "richtig dünken, sich eine Überzeugung bilden von der Richtigkeit eines Verhaltens" gleich.

Rittner ¹³⁾ schließlich lehnt eine dogmatische Begriffsbildung ganz ab. Dogmatische Kategorien könnten

9) Z. B. Bachof, Beurteilungsspielraum, Ermessen und unbestimmter Rechtsbegriff, JZ 1955, 98; Neumann-Duesberg, Gerichtliche Ermessensentscheidungen nach §§ 315 ff. BGB, JZ 1952, 507; Westermann, Die richterliche Ermessensentscheidung als Erscheinung des materiellen Rechts, AcP 152, 445 ff. und JZ 1952, 699.

10) Drost, Das Ermessen des Strafrichters, S. 21 ff., 29; Heilbron, Freies pflichtgemäßes Ermessen des Richters, S. 6, 16 ff.; Jellinek, Gesetz, Gesetzesanwendung und Zweckmäßigkeitserwägung, S. 36; Schröder, Gesetz und Richter im Strafrecht, S. 15.

11) Grundlagen des Revisionsrechts, S. 155.

12) Ermessen und Sprachgebrauch, JZ 1956, 588.

13) A.a.O., S. 26 ff.

nur "an Sachproblemen entwickelt" werden. Er setzt sich für die Entwicklung einer Typologie ein. Eine "realistische Analyse" könne den Ermessensbegriff gar nicht weit genug fassen. Dieser sei als "heuristischer" aufzufassen. Mit ihm solle erreicht werden, die "ganze Vielfalt der Erscheinungen aufzuschließen und angemessen zu ordnen". "Wo der Richter nicht nach einem rein rationalen Verfahren der 'Rechtsanwendung' vorgehen soll oder kann ..., sondern - zwischen mehreren Möglichkeiten - abwägen, wo er sachlich entscheiden" müsse, könne von Ermessen gesprochen werden. Wo also "die 'besonderen', 'individuellen', d. h. im Gesetz nicht genau bestimmten und abschließend benannten Umstände des zugrunde liegenden Sachverhalts - in Tatbestand oder in Rechtsfolge - zu berücksichtigen" seien, bestehe Ermessen als Freiheit des Richters. Wenn dabei für einen "ermessenfreien" Tätigkeitsbereich des Richters nur noch wenig Raum bleibe, so meint Rittner, entspreche dies der stets mehr oder weniger arbiträren Funktion des Zivilrichters.

Esser ¹⁴⁾ stimmt Rittner zu, die "dogmatisch verfestigten Positionen deskriptiv aufzulösen oder darzustellen". Auch er befürwortet, den Ermessensbereich weit zu ziehen, da es "keine Frage der Zurechnung im Zivilrecht" gebe, die von einem "Ermessensspielraum unberührt" bliebe ¹⁵⁾. Man verdecke die "wahre wachsende Bedeutung des im ganzen errungenen Ermessensspiel-

14) Vorwort zu den Referaten von Rittner, u. a.: Ermessensfreiheit und Beurteilungsspielraum des Zivilrichters im deutschen Recht, S. 6 ff.

15) A.a.O., S. 10.

raums des Richters", wenn man an der Unterscheidung in Auslegungsmittel, Ausfüllung von unbestimmten Rechtsbegriffen und Gebrauch echter Ermessensspielräume festhalte ¹⁶⁾.

5. Gemeinsames der unterschiedlichen Auffassungen

Bei alledem kann jedoch nicht übersehen werden, daß die meisten Autoren im wesentlichen darin übereinstimmen, daß Ermessen für den Richter nur im Fall der Auswahlmöglichkeit unter mehreren in Betracht kommenden Entscheidungen anzunehmen ist ¹⁷⁾. Nur wo dem Richter ein Entscheidungsspielraum ohne feste Bindung eingeräumt werde, könne von Ermessen die Rede sein. Entgegen der Ansicht Rittners versucht also die herrschende Auffassung, mit Begriffsbildungen die Vielfalt der Erscheinungen zu ordnen. Sie gibt dem Ermessensbegriff einen genau umschriebenen Gehalt und ganz bestimmten Inhalt. Allerdings ist innerhalb dieser Auffassung streitig, wo eine Wahlmöglichkeit gegeben ist.

6. Eigene Stellungnahme

Mit der Festlegung einer Wahlmöglichkeit für den Richter als Charakteristikum des Ermessens ist eine Grundlage geschaffen, von der aus Ermessen und andere Betätigungsbereiche des Richters voneinander abzugrenzen sind.

Insofern verdient Warda ¹⁸⁾ Zustimmung, daß "die mit Recht beklagte Unsicherheit und Vieldeutigkeit des Begriffes des Ermessen" gerade auf die "über-

16) A.a.O., S. 6.

17) Warda, a.a.O., S. 14; Göppinger, Die Erledigung des Rechtsstreits in der Hauptsache, S. 178, 179; Bachof, a.a.O., S. 98; Engisch, a.a.O., S. 113.

18) A.a.O., S. 12.

mäßige Ausweitung", die "unkritische Anwendung auf eine Vielzahl von Sachverhalten der unterschiedlichsten Gestalt" zurückzuführen ist. Ziehe man den Anwendungsbereich für den Ermessensbegriff weit, ergebe sich damit auch die Gefahr, daß dessen Grenzen verschwommen werden und dessen Inhalt sich notwendigerweise verflüchtige. Auch Westermann ¹⁹⁾ glaubt, daß nur über eine Vorwegklärung des Begriffes Ermessen "die scharfe Differenzierung, die zur Kategorisierung, konstruktiven Behandlung und rechtspolitischen Würdigung der Fälle notwendig ist", erreicht werden kann.

Aus Gründen "terminologischer Zweckmäßigkeit" ²⁰⁾ ist daher der von der h. A. vertretenen Beschränkung des Ermessensbegriffs zuzustimmen. Nur über eine solche Einschränkung des Problemkreises besteht die Möglichkeit, Ermessen und andere richterliche Betätigungen voneinander abzugrenzen. Nur so können auch einheitliche Grundsätze und Regeln gefunden werden, die allgemein beim Ermessensgebrauch Gültigkeit beanspruchen. Das Charakteristikum der Wahlentscheidung wird also im folgenden bestimmend für die Frage sein, wo dem Richter im Zivilprozeß Ermessen zukommt.

Die Zahl der in Betracht kommenden Möglichkeiten kann dabei nicht ausschlaggebend sein. So kann auch in dem Fall, daß sich nur zwei Möglichkeiten anbieten, zumindest dann von Ermessen gesprochen werden, wenn sich diese zwei Möglichkeiten nicht denkgesetzlich ausschließen, sich im Sinne eines "ja" und "nein" ent-

19) Diskussionsbeitrag zu den Referaten von Rittner u. a.: Ermessensfreiheit und Billigkeitsspielraum des Zivilrichters im deutschen Recht, S. 114.

20) Warda, a.a.O.

gegenstehen und nicht nur die eine von beiden "richtig" sein kann. Des weiteren ist davon auszugehen, daß Ermessen und damit subjektive Einflußnahme auf den betreffenden Gegenstand nur hinsichtlich dessen eingeräumt werden kann, was werden soll. Das "Seiende" kann nicht ins Ermessen gestellt werden. Diesbezüglich gibt es nur ein "Beurteilen", eine von eigener Einflußnahme auf das Beurteilungsobjekt losgelöste Betrachtung. Als Wesensmerkmal des Ermessens kann also auch die Kombination einer Urteilsbildung, die zum Zweck der Entscheidung über "Ob" und "Wie" einer Einflußnahme erfolgt, mit dieser vom Urteil getragenen Entscheidung angesehen werden ²¹⁾.

21) Klein, Die Kongruenz des verwaltungsrechtlichen Ermessensbereichs und des Bereichs rechtlicher Mehrdeutigkeit, AÖR 82, 75 ff.; Ermessen und Sprachgebrauch, JZ 1956, 588.

IV. Ermessen auf der Tatbestandsseite

Ausgehend von der gefundenen Definition des Ermessens bleibt nunmehr die weitere umstrittene Frage, ob dem Richter bei der Einordnung des Sachverhalts unter die Begriffe des gesetzlichen Tatbestandes ein Ermessen zukommt. Wie bereits anfangs ausgeführt, kann eine begrifflich weite Ausdrucksweise im Tatbestand und nicht nur bei der Rechtsfolge eine solche Vermutung nahelegen. Die oftmals fehlende Präzisierung tatbestandlicher Begriffe vermag nämlich erhebliche Schwierigkeiten bei der Einordnung eines bestimmten Lebenssachverhalts unter einen gesetzlichen Tatbestand bereiten.

Können also in diesem Rahmen Entscheidungen verschiedenen Inhalts als "richtig" angesehen werden, oder ist hier die Forderung nach der "einen richtigen" Lösung zu erheben?

1. Tatbestandsermessen ohne Wahlmöglichkeit

Das Problem eines solchen Tatbestandsermessens hat in der Literatur zahlreiche Erörterungen ausgelöst. Dabei ist jedoch nicht zu verkennen, daß vielfach die Bejahung eines Tatbestandsermessens auf die unterschiedliche Terminologie zurückzuführen ist. Demnach können auch von vornherein diejenigen Ansichten aus der Betrachtung vorweg ausgeschieden werden, die ein Tatbestandsermessen ohne Wahlbefugnis des Richters annehmen.

Als Vertreter eines Tatbestandsermessens ohne gleichzeitige Bejahung einer Wahlmöglichkeit sind zu nennen Stier-Somlo ¹⁾, Heilbron ²⁾ und Schwinge ³⁾.

1) Das freie Ermessen in Rechtsprechung und Verwaltung, S. 457 ff.

2) Freies pflichtgemäßes Ermessen des Richters, S. 16 ff.

3) Grundlagen des Revisionsrechts, S. 114, 115.

Nach Stier-Somlo enthalten gesetzliche Begriffe wie "Außerachtlassung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt", "Notlage", "Leichtsinn" u. a. freies richterliches Ermessen. Bei diesen seien Merkmale feststellbar, "deren Inhalt nicht durch das Gesetz ein für allemal durch Vorstellungen bestimmt, die "außerhalb der streng juristischen, technischen Begriffe" stünden. Jedoch führt auch die von Stier-Somlo gebrauchte Formulierung, wonach der Inhalt der Merkmale nicht ein für allemal festgelegt sei, nicht zur Annahme eines Ermessens im von uns hier verstandenen Sinne. Denn Stier-Somlo verneint selbst die von uns für das Ermessen als wesentlich angesehene "subjektiv-eigenständige" Wahlfreiheit, wenn er ausführt, daß der Richter "den fehlenden Inhalt des Merkmals so feststellen" müsse, "daß die Anschauung der Zeitgenossen, gewisser Stände und Berufsklassen an bestimmten Orten objektiv wiedergespiegelt" würden ⁴⁾.

Bei Heilbron wird bereits durch eine unterschiedliche Terminologie deutlich, daß Tatbestandsermessen und Rechtsfolgeermessen nicht gleichzustellen sind. Sie bezeichnet nur das Rechtsfolgeermessen als "freies Ermessen". Nur bei ihm gebe es eine Wahlmöglichkeit zwischen mehreren im Sinne des Gesetzes gleich richtigen Entscheidungen. Das Tatbestandsermessen sei demgegenüber ein "gebundenes Ermessen". Bei ihm gebe es keine Wahlfreiheit, der Richter sei vielmehr bei der Anwendung unbestimmter Rechtsbegriffe gebunden, es handle sich nur um Interpretation und Subsumtion. Das Tatbestandsermessen diene allein dazu, "den Willen des Gesetzes zu erforschen, den Sinn und die Tendenz der Rechtsnorm zu erkennen". Heilbron faßt also auch die Ermittlung des Gesetzessinnes als Ermessenssache

4) A.a.O., S. 470, 471.

auf. Damit würde aber vom Ermessen fast die ganze Rechtsanwendung erfaßt ⁵⁾.

Nach Schwinge ergibt sich für den Richter ein Tatbestandsermessen bei Begriffen, die "mehrdeutig ... sind oder nur unter Zuhilfenahme außergesetzlicher Wertinstanzen bestimmt werden können...". Das Ermessen "zum Zwecke der Konkretisierung des unterstellten Tatbestandes" gibt jedoch auch keine Wahlfreiheit. Immer ist "nur eine Entscheidung" "im Sinne des Gesetzes richtig" ⁶⁾, da eine objektive Bindung auch hier zumindest an den "Geist des Gesetzes" oder an die "Idee der Rechtsordnung" bestehe.

2. Tatbestandsermessen mit Wahlmöglichkeit

Während in den vorstehend angeführten Beispielen ein Tatbestandsermessen nur bedingt durch den unterschiedlichen Sprachgebrauch bejaht, die hier für charakteristisch gehaltene Wahlmöglichkeit für den Richter aber verneint wurde, müssen wir uns im folgenden den Lehrmeinungen zuwenden, die bei der Subsumtion des Sachverhalts unter den gesetzlichen Tatbestand eine echte Wahlfreiheit annehmen und damit ein Ermessen im hier verstandenen Sinne. Dabei wird die Annahme eines Ermessens in diesem Bereich vielfach mit der fehlenden Bestimmtheit von Gesetzesbegriffen begründet. Mangels vorhandener oder ausreichender objektiver Maßstäbe müsse dem Richter bei der Konkretisierung dieser Begriffe ein Spielraum eingeräumt werden, in dem er nach seiner subjektiven Auffassung urteilen könne.

5) Warda, Dogmatische Grundlagen des richterlichen Ermessens im Strafrecht, S. 16.

6) A.a.O., S. 121.

Insbesondere Drost ⁷⁾ hat die Lehre von den "unbestimmten Begriffen" als Sitz des Tatbestandsermessens für das Strafrecht entwickelt. Dabei ist diese Lehre streng zu trennen von dem für das Verwaltungsrecht entwickelten Dualismus von unbestimmten Rechtsbegriffen und Ermessen, der gerade den Gegensatz der beiden Begriffspaare hervorhebt. Drost geht zur Begründung seiner Ansicht von dem Unterschied zwischen Erkennen und Bewerten aus. Demzufolge unterscheidet er "Seinsbegriffe" und "Wertbegriffe". Die "Seinsbegriffe" finden sodann noch eine weitere Unterteilung ~~danach~~, ob ihr Inhalt und Umfang feststeht - sog. "bestimmte" Begriffe - oder ob eine Subsumtion von Tatsachen unter einen Begriff nicht mehr eindeutig mit Mitteln der Logik möglich ist, sondern ein teleologisches Denken in der Zweckrichtung des Gesetzes erfordert - sog. "unbestimmte" Begriffe.

Drost sieht sowohl bei der Anwendung von "Wertbegriffen" wie bei den "unbestimmten Seinsbegriffen" ein Ermessen des Richters im Sinne einer Wahlfreiheit. Wenn bei den sog. "Wertbegriffen" der Gegenstand gewertet werde, so werde er damit in Beziehung gesetzt zum eigenen Fühlen und Wollen. Dies führe zu einer Abhängigkeit von der individuellen Wertung, weshalb der Begriff nie eindeutig sein könne. Begriffe würden letzten Endes durch einen Akt des emotionalen, nicht des rationalen Denkens ausgefüllt. Auch wenn das Gesetz mit seinen Wertbegriffen auf die Normenreiche der Ethik, Religion, Ästhetik oder Sitte verweise, deren Inhalte im allgemeinen von der Gesellschaft bestimmt würden, so bleibe dem Richter, auch wo die Anschauungen der Gesellschaft klar und deutlich zu erkennen seien, ein Raum, innerhalb dessen der Richter zu einer Ausfüllung des Inhalts der Begriffe durch seine eigene individuelle Wertung berufen sei. Bei den "unbestimmten Seinsbe-

7) Das Ermessen des Strafrichters, S. 21 ff.

griffen" bestehe eine "versteckte Delegation" der Gesetzgebung an die Rechtsprechung. Da die Begriffsbestimmung sich am Gesetzeszweck auszurichten habe und die Bestimmung des Gesetzeszweckes eine der Revision unterliegende Rechtsfrage sei, werde den Revisionsgerichten ein durch die jeweiligen Gesetzeszwecke begrenztes Ermessen bei der Ausfüllung dieser Begriffe eingeräumt.

Auch Schröder ⁸⁾ tritt für eine Wahlfreiheit des Richters auf der Tatbestandsseite zumindest hinsichtlich mancher Begriffe ein. Seiner Ansicht nach sind unter den sog. unbestimmten Begriffen oder Wertbegriffen verschiedenartige Dinge zusammengefaßt worden. Daher könne der Behauptung, die Feststellung unbestimmter Rechtsbegriffe sei rechtlich Subsumtion, Rechtsanwendung, nicht in vollem Umfang zugestimmt werden.

Bei denjenigen Begriffen unter den unbestimmten Rechtsbegriffen, deren Inhaltsausfüllung vom Gesetzgeber Lehre und Rechtsprechung überlassen worden sei, wie z. B. Vorsatz, Fahrlässigkeit, könne noch mit gewisser Berechtigung gesagt werden, daß es nur eine einzige richtige Auslegung und Begriffsbestimmung gebe, da es sich um die Ermittlung abstrakter Voraussetzungen eines Begriffes als Vorstufe einer Subsumtion handle. Eine individuelle Wertentscheidung werde nicht getroffen. Bei den "reinen Wertbegriffen" hingegen sei eine inhaltliche Begriffsbestimmung mit abstrakten Begriffsmerkmalen nicht möglich. Hier sei vielmehr der Richter zu einer individuellen Wertentscheidung aufgerufen, die Begriffe seien hierfür implizite "Ermächtigungen". Wenn auch rationale Zweck-

8) In welcher Weise empfiehlt es sich, die Grenzen des strafrichterlichen Ermessens im künftigen Strafgesetzbuch zu regeln?, S. 62 f.

setzungen dabei durchaus von Wichtigkeit sein könnten, so spielten doch irrationale und emotionale Elemente hinein. In diesem Rahmen entbehre die Behauptung, die Entscheidung könne nur richtig oder falsch sein, da es sich um Rechtsanwendung handle, ihres "realen Sinns". Die Bestimmung des Inhalts der Entscheidung durch eine individuelle Wertung komme in ihrer Bedeutung jedenfalls dem Ermessen im engeren Sinne sehr nahe.

Die Ausführungen Kuchinkes ⁹⁾ lassen eine vergleichbare Auffassung erkennen. Es gebe Fälle, in denen die Ungewißheit, ob ein Sachverhalt unter einen Begriff subsumiert werden könne oder nicht, nicht durch eine methodische Bearbeitung beseitigt werden könne. Gerade Begriffe wie z. B. "leichte" - "grobe Fahrlässigkeit", "gering" - "erheblich", sowie andere nicht "exakte" Begriffe seien in Grenzbereichen fließend, wo eine eindeutige Bestimmung nicht möglich sei. Hier lasse sich eine gegensätzliche Auffassung "niemals auf die bessere Einsicht" gründen, sondern werde "stets nur ein Streit um das letzte Wort bleiben". "Die Idee eines an das Gesetz durchgängig gebundenen Urteilsaktes" könne man praktisch nicht überall verwirklichen. Daß eine Frage nur unter den größten Schwierigkeiten beantwortet werden könne, könne in allen Urteilszusammenhängen auftreten, in denen nicht "exakte" Begriffe zur Anwendung kämen. Das Wort Ermessen kennzeichne auch heute noch diesen Sachverhalt am treffendsten.

Ebenso glaubt Larenz ¹⁰⁾, daß die Methode der Konkretisierung unbestimmter Rechtsbegriffe durch Fallver-

9) Grenzen der Nachprüfung tatrichterlicher Würdigung und Feststellungen in der Revisionsinstanz, S. 133f., 142.

10) Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S. 278 ff.

gleichung und Typisierung ihre Grenzen habe. Der Richter habe bei einem solchen im Einzelfall verbleibenden Beurteilungsspielraum dann so zu entscheiden, wie es nach seinem pflichtmäßigen Ermessen der gesetzliche Maßstab oder Typus verlange, auch wo er das nicht mehr bis ins letzte begründen könne. Da der Richter zu einer Entscheidung gelangen müsse, müsse das der Rechtsprechung in solchen Fällen anhaftende Unsicherheitsrisiko hingenommen werden. Es genüge, wenn der Richter alle ihm zur Verfügung stehenden Mittel der Konkretisierung mit Hilfe rechtlicher Überlegungen ausgeschöpft habe und seine Entscheidung danach als "vertretbar" erscheine. Wo der Richter schließlich die Wahl habe zwischen zwei gleichermaßen vertretbaren Beurteilungen, liege es nahe, daß er die Wahl im Vorausblick auf die aus ihr folgende Fallentscheidung treffe. Da der Richter den Fall nach Möglichkeit "gerecht" entscheiden wolle, oftmals jedoch im voraus nicht wissen könne, welche Entscheidung "gerecht" sei, habe er evident ungerechte Entscheidungen zu vermeiden. Wäre keine der möglichen Entscheidungen evident ungerecht, so bleibe die Entscheidung letztlich der persönlichen Werteinsicht und Überzeugung des Richters überlassen. Dabei müsse er sich frei-lich so weit als möglich von Vorurteilen befreien.

3. Tatbestandsermessen wegen Schwierigkeiten bei der Interpretation und Subsumtion?

Kernpunkt des Streits um die Frage, ob auf der Tatbestandsseite ein Ermessen anzunehmen ist oder nicht, ist also: Berechtigen Zweifelsfragen und Ungewißheiten bei der Subsumtion unter einen unbestimmten Rechtsbegriff, berechtigt die Unmöglichkeit der eindeutigen Festlegung des unbestimmten Rechtsbegriffs für jeden Einzelfall den Schluß auf eine richterliche Wahlmöglichkeit?

Hier erscheint es richtig, die unbestreitbaren Schwierigkeiten auf ihre Ursachen zu untersuchen. Sollten sich diese nur als solche tatsächlicher Art darstellen, so könnte an sich - zumindest im Prinzip - nicht geleugnet werden, daß sie erkenntnismäßig zu beseitigen sind. Die einzig richtige Entscheidung der Idee nach wäre denkbar. Anderes könnte sich dann ergeben, wenn die Schwierigkeiten auf einen rechtlichen Grund zurückzuführen wären.

Häufig verweisen Tatbestandsbegriffe zur Ausfüllung auf unbestimmte Werte. Diese Werte (wie z. B. die Anschauungen der Rechtsgemeinschaft) sind immer objektiver Natur ¹¹⁾. Bei der Verweisung auf die heutigen Wertanschauungen wird die Möglichkeit eröffnet, diese mehr oder weniger statistisch zu ermitteln ¹²⁾. Auftauchende Schwierigkeiten können hier grundsätzlich ausgeräumt werden. Hinzu kommt, daß die Rechtsprechung zu einer Konkretisierung dadurch beiträgt, daß sie die anzustellenden Abwägungen bei allgemeinen Wertgrößen für bestimmte Fallgruppen aufzeigt.

Nun sind aber Entscheidungssituationen denkbar, in denen sich ein Werturteil weder aus dem Gesetz noch aus den herrschenden Anschauungen ableiten läßt. Heck spricht hier von sogenannten "Wertungslücken" ¹³⁾. Nach ihm muß der Richter in diesen Fällen seine eigenen Lebensideale auf die Entscheidung mit einwirken lassen, er sei zu einer "Eigenwertung" berufen ¹⁴⁾. Betont wird von Heck, daß auch hierbei eine intuitive Grundlage vorhanden sei ¹⁵⁾. Aus dieser starken Betonung des Entscheidungsfundaments der "intuitiven

11) Warda, a.a.O., S. 24 ff.

12) Scheuerle, Rechtsanwendung, S. 47 ff.

13) Heck, Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz, S. 90, S. 173

14) A.a.O., S. 169, 238.

15) A.a.O., S. 244.

Erkenntnis" auch im Bereich der "Eigenwertung" könnte man schließen, Heck lehne eine Wahlbefugnis des Richters bei der Begriffsbestimmung ab. Ausdrücklich spricht er dies jedoch nicht aus. Man wird jedoch auch bei sogenannten "Wertungslücken" darauf bestehen müssen, daß der Richter nicht nach Belieben werten und unsachliche Erwägungen in seine Entscheidung einfließen lassen kann. Die von ihm vorzunehmende Wertung muß vielmehr "pflichtgemäß" erfolgen. Bei dem ihm obliegenden Bemühen um eine solche Wertung wird der Richter unterstützt vom "natürlichen, emotionalen Begehren, um Entscheidungen zu fällen, die der Sachlage voll gerecht werden" ¹⁶⁾. Der Richter verfolgt damit, da seinem Bemühen dieselbe Tendenz zukommt wie den verstandesmäßigen Überlegungen und damit den eigenen Gesetzesintentionen, den "Willen" des Gesetzes. Diesem Bemühen wird der Richter gerecht durch das Abwägen der sich gegenüberstehenden Interessen. Bei der sich dabei ergebenden psychischen Reaktion ¹⁷⁾ muß der Richter erkennen, welche Alternative er intuitiv fordert. Er hat dem "stärkeren emotionalen Begehren" zu folgen ¹⁸⁾.

Da das Gesetz von dem "idealen" Richter ausgeht, ist die vom Richter gefundene Erkenntnis auch als vom Gesetz "gewollt" anzusehen. Daher kann der Richter auch die "allein richtige" Antwort finden. Sein emotionales Begehren kann er nur erkannt, nicht aber gewählt haben. Die objektiv unvermeidlichen "Wertungslücken" dürfen nicht volitiv- subjektivistisch ausgefüllt werden. Die vom Richter zu fällende Wertentscheidung ist vielmehr bis ins einzelne vorgezeichnet, und zwar durch das Gesetz unmittelbar oder mittelbar durch Bewertungsmaßstäbe, auf die das Gesetz Bezug genommen hat.

16) Scheuerle, a.a.O., S. 46.

17) Heck, Scheuerle.

18) Scheuerle, a.a.O., S. 46.

Dementsprechend betont auch Hermann Reuss ¹⁹⁾, daß das Gesetz mit der Aufstellung des Tatbestandes zu jeder denkbaren Sachlage im voraus Stellung bezogen hat. Mit der "abstrakten Bereitstellung einer Lösung" habe es eine Entscheidung getroffen und die Ordnung des Einzelfalles "normativ schon vollzogen". Nur auf die in der Praxis oft gegebene Überforderung des rationalen Erkenntnisvermögens sei es zurückzuführen, daß sich die Konkretisierung des unbestimmten Rechtsbegriffs nicht als "actus cognoscendi" erweise, sondern als willensbeeinflusste Entscheidung. Aus der in einem gewissen Rahmen unvermeidbaren Urteilssubjektivität kann aber nicht auf einen vom Gesetzgeber beabsichtigten Wertsubjektivismus geschlossen werden.

4. Verfassungsrechtliche Bedenken gegen ein Tatbestands- ermessen

Ist sonach die Lehre vom Tatbestandsermessen aus den eben genannten Gründen abzulehnen, so kommen noch gewichtige verfassungsrechtliche Bedenken dagegen hinzu.

Die Bindung der Rechtsprechung an Gesetz und Recht (Art. 20 Abs. 3 GG), die als Ausfluß des Grundsatzes der Gewaltenteilung und des Rechtsstaatsbegriffes anzusehen ist, bedeutet eine Bindung an den Inhalt der Norm, ist also im materialen Sinne aufzufassen ²⁰⁾.

Dieser Grundsatz würde überspielt, wollte man ein Tatbestandsermessen als zulässig erachten. Es stünde jedem Richter zur Wahl, zu bestimmen, ob die Voraussetzungen für eine bestimmte vom Gesetz vorgesehene Rechtsfolge gegeben sind oder nicht. Ein Eingriff

19) Das Ermessen, DVBl 1953, 587 ff., Der unbestimmte Rechtsbegriff, DVBl 1953, 649 ff.

20) Vgl. BVerfGE 6, 32 ff.; 8, 274 ff., 325; Scheuener, Die neuere Entwicklung des Rechtsstaates in Deutschland, S. 229 ff.

in das Recht oder die Rechtsstellung des Betroffenen wäre ausschließlich in das Ermessen der Rechtsanwendungsorgane gestellt. Es erscheint deshalb in einem Rechtsstaat als "undenkbar", daß die Tatbestandsseite eines Rechtssatzes dem Ermessen des Rechtsanwenders anheimgegeben wird.²¹⁾

Eine solche Übertragung der Machtbefugnis seitens des Gesetzgebers auf den Richter bedeutete auch einen Verstoß gegen das Prinzip der Gewaltenteilung. Der Machtzuwachs der sich aus dem Überlassen der Ausgestaltung des Tatbestandes an die Rechtsprechung ergäbe, würde in den Kernbereich der gesetzgebenden Gewalt eingreifen²²⁾, da damit vom Gesetzgeber nur ein Rahmen gestellt würde, in dem die Rechtsprechung kaum noch Beschränkungen unterläge.

Des weiteren ist dem Rechtsstaatsbegriff als wesentliches Merkmal das Gebot zuzurechnen, daß grundsätzlich alle Maßnahmen hoheitlicher Gewalt, nicht nur Eingriffe seitens der Verwaltung nach Inhalt und Umfang vom einzelnen vorhersehbar, meßbar und berechenbar sein müssen²³⁾. Dieses Gebot der Meßbarkeit und Vorhersehbarkeit soll den Bürger davor schützen, der Willkür der Staatsgewalt ausgeliefert zu sein. Sollte man nun die Bestimmung der Tatbestandsvoraussetzungen dem Richter anheim, so wäre dieser Schutz selbst bei Annahme einer beschränkten Überprüfungsmöglichkeit eines solchen Ermessens nicht mehr gewährleistet. Daher muß entgegen den vertretenen Meinungen der Grundsatz vom Vorbehalt des Gesetzes auch im Verhältnis

21) Bay. VGHE n. F. 8, 30 ff., 33; Maunz-Dürig-Herzog-Scholz, Grundgesetz, Erl. 91 zu Art. 20 GG.

22) Vgl. Maunz-Dürig-Herzog-Scholz, a.a.O., Erl. 81 zu Art. 20 GG.

23) BVerfGE 7, 282 ff., 302; BVerwGE 2, 114; Maunz-Dürig-Herzog-Scholz, a.a.O., Erl. 86 zu Art. 20 GG.

Gesetzgebung und Rechtsprechung gelten ²⁴⁾. Nur auf dem Wege über die allgemeingültige und abstrakt verbindliche Anordnung des Gesetzes kann die Entscheidung der subjektiven und damit nicht mehr objektiv berechenbaren Beeinflussung durch den Rechtsanwender entzogen werden. Diese Forderung nach Voraussetzbarkeit kann des weiteren nur sichergestellt werden, indem das Gesetz bei Fehlen eines scharf umrissenen Tatbestandsmerkmals zur Ausfüllung der sich ergebenden Lücken auf objektive Werte und Wertmaßstäbe Bezug nimmt.

Wäre nicht durch solche Wertmaßstäbe die eine richtige Entscheidung vom Gesetz vorgegeben, sondern könnte der Richter bei der Entscheidung wählen, so ergäbe sich eine weitere, für den einzelnen u. U. unangenehme Auswirkung. Träten nämlich die subjektiven Vorstellungen des Richters an die Stelle der objektiven Wertmaßstäbe, so wäre von einer Einheitlichkeit der Entscheidung gleichgelagerter Fälle vermutlich keine Rede mehr. Dies bedeutete eine Gefahr für das Gebot der Gleichbehandlung und das Prinzip der Gerechtigkeit.

24) Warda, a.a.O., S. 45.

V. Ermessen auf der Rechtsfolgeseite

Wie den vorstehenden Ausführungen zum Tatbestandsermessen zu entnehmen ist, kann aus dem Verzicht des Gesetzgebers auf eine detaillierte Regelung noch nicht der Schluß gezogen werden, daß damit dem Richter auch eine Wahlbefugnis zustehen soll. Dies muß wie für die Tatbestandsseite so auch für die Rechtsfolgeseite gelten.

Für die Rechtsfolgeseite ergibt sich eine mangelnde Konkretisierung der auszusprechenden Rechtsfolgen aus der Unmöglichkeit für den Gesetzgeber, jeden denkbaren Sachverhalt vorauszusehen und entsprechend zu regeln. Mit einer zu detaillierten Regelung würden sich nur Hindernisse für die Findung der Einzelfallgerechtigkeit ergeben.

Die Frage nach der Wahlbefugnis des Richters auf der Rechtsfolgeseite bei fehlender entsprechender Einzelregelung ist anhand des aus dem Gesetzeszweck zu ermittelnden "Willen" des Gesetzes zu beantworten. Nur wenn ihm zu entnehmen ist, daß dem Richter eine Entscheidungskompetenz übertragen wurde, kann der Richter allenfalls eine Wahlbefugnis ausüben. Dabei kann sich die Frage der Wahlbefugnis an zwei Stellen ergeben.

1. Ermessen bei der Ermittlung des Normzwecks

Eine Wahlmöglichkeit für den Richter kann einmal bei der Ermittlung von Sinn und Zweck der Regelung (Normzweck) bestehen. Wenn aber Sinn und Zweck des Gesetzes ermittelt werden sollen, so kann dies doch nur bedeuten, daß etwas bereits Vorhandenes gefunden werden soll.

Insoweit ist schon gar nicht vorstellbar, daß der Gesetzgeber die Wahl ließe zwischen mehreren Normzwecken. Wenn dabei die Ermittlung des Gesetzeszweckes im Wege der Auslegung u. U. auf Schwierigkeiten stößt, so sind diese Schwierigkeiten durch Erkenntnis wie bei den unbestimmten Rechtsbegriffen zu beseitigen.

2. Ermessen bei der Bestimmung der Rechtsfolge

In Betracht kommt dagegen eine Wahlmöglichkeit bei der Bestimmung der Rechtsfolge selbst, und zwar unter dem Gesichtspunkt, welche Entscheidung dem Normzweck am meisten entspricht. Dabei könnte man sich vorstellen, daß sich die Bindungswirkung nach dem Normzweck so unterschiedlich darstellt, daß sie eine Wahlentscheidung entweder ganz ausschließt oder gerade notwendig macht.

a) Ermessen und Bindung an den Gesetzeszweck

Was die Bindung des Richters an den Gesetzeszweck anlangt, so ergibt sich das Erfordernis, ihn zu beachten, bereits aus dem Umstand, daß das Gesetz in erster Linie Willensäußerung, wozu vor allem die dem Gesetz gegebene Zweckbestimmung gehört, ist und nicht bloß Aussage über Zusammenhänge ¹⁾. Kein Gesetz ist um seiner selbst willen geschaffen; es verfolgt vielmehr bestimmte rechtspolitische oder rechtstechnische Ziele, die ihm eine eigene engere Funktion im Gesamtgefüge der Rechtsordnung geben. Jeder einzelne Rechtssatz soll eine mit den geltenden Vorstellungen von Gerechtigkeit übereinstimmende Ordnung des Gesellschaftslebens aufrichten und verwirklichen ²⁾. Aus diesem Grund

1) Julius Binder, Grundlegungen zur Rechtsphilosophie, S. 56; Kurt Binding, Handbuch des Strafrechts, Band I, S. 450 f.

2) Warda, Dogmatische Grundlagen des richterlichen Ermessens im Strafrecht, S. 113.

werden durch Rückgriff auf den Gesetzeszweck dabei Gesichtspunkte gezeigt, die für die Ausübung des Ermessens innerhalb des durch den Gesetzeswortlaut abgesteckten Rahmens maßgebend sind.

Freilich kann hier Bindung an den Gesetzeszweck nicht zu eng verstanden werden. Vielmehr müssen in diese Beachtung des Gesetzeszwecks auch die "Werte" einfließen, durch die der Bereich der Zwecke "überhört" werden muß ³⁾. Die "Zwecke" bieten nicht immer und überall die letztgültigen Prinzipien der Auslegung ⁴⁾. Die zweckorientierte Auslegung muß eine Einschränkung insofern erfahren, als die Zwecke "mit höheren, das Wesen des Rechts ausmachenden und deshalb auch den Gesetzgeber bindenden Werten" im Einklang stehen müssen ⁵⁾, und eine Ergänzung insofern, als für das Verständnis einer Norm die Beeinflussung durch Wertentscheidungen und -vorstellungen des Gesetzgebers zu berücksichtigen ist ⁶⁾.

Besteht somit eine Bindung des Richters an die für das Verstehen und die Auslegung eines Gesetzes maßgebenden Gesichtspunkte, so wirft dies die weitere Frage auf, ob sich nicht gerade aus den verschiedenen Gesetzeszwecken auch eine unterschiedlich enge Bindung des Richters bzw. sogar der Ausschluß eines Ermessens ergibt.

3) von Hippel, Zur Problematik der Grundbegriffe des öffentlichen Rechts, S. 27.

4) Engisch, Einführung in das juristische Denken, S. 80.

5) Warda, a.a.O., S. 116.

6) Engisch, a.a.O., S. 80, 81.

Eine Unterscheidung nach dem Normzweck findet sich bisher nur vereinzelt in der Literatur ⁷⁾.

So sieht Bachof darin einen grundlegenden Unterschied, ob Ermessen gewährt werde, weil mögliche Entscheidungen rechtlich gleichwertig und reine Zweckmäßigkeitserwägungen walten sollen ("rechtlich irrelevantes Ermessen"), oder weil Entscheidungen gerechtigkeitsbezogen seien, der Gesetzgeber nur zu einer detaillierten Regelung nicht in der Lage war ("rechtlich relevantes Ermessen").

Es erscheint m. E. aber fraglich, ob nicht alle Entscheidungen, bei denen eine Rechtsfolge eingeräumt ist, auch gerechtigkeitsbezogen sein müssen und damit u. U., was noch zu erörtern ist, auch von einer Wahlmöglichkeit überhaupt nicht die Rede sein kann. Hier ist Göppinger ⁸⁾ der Ansicht, alle Normen, die ein Rechtsfolgeermessen gewähren, stellten auf die "Angemessenheit des Ergebnisses" i. S. d. Gerechtigkeit ab. Nur beim "Verfahrensermessen" komme es auf Zweckmäßigkeitserwägungen an. Auf den ersten Blick könnte man nun meinen, nach Göppinger beschränke sich das Ermessen im Verfahrensrecht auf Zweckmäßigkeits-erwägungen. Doch dürfte "Verfahrensermessen" bei ihm

7) von Laun, Bemerkungen zum freien Ermessen und zum détournement de pouvoir im staatlichen und im Völkerrecht, S. 142; Bachof, Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaats, S. 69; Bettermann, Verwaltungsakt und Richterspruch, S. 361 ff.; Jansen, Freiwillige Gerichtsbarkeit, § 27 FGG Anm. 4 f.

8) Die Erledigung des Rechtsstreits in der Hauptsache, S. 186.

nur als Ermessen bei der Verfahrensgestaltung zu verstehen sein, also ebenfalls nicht alle Ermessensvorschriften der ZPO umfassen. Bettermann führt hierzu z. B. aus: Wo der Richter auch eine Entscheidung in der Sache selbst fällen müsse und er hierbei Rechtsprechung und nicht Verwaltung ausübe (z. B. §§ 287, 91 a ZPO), habe er nach Billigkeit zu entscheiden. Billig sei aber im konkreten Fall nur eine Entscheidung.

Es stellt sich somit die Frage, ob man auch in diesen Fällen sog. gerechtigkeitsbezogenen Ermessens noch von Ermessen im hier verstandenen Sinne sprechen kann.

b) Ermessen bei gerechtigkeitsbezogenen Entscheidungen

aa) Wann liegt gerechtigkeitsbezogenes Ermessen vor?

Gerechtigkeitsbezogenes Ermessen liegt in Fällen sog. Billigkeitsentscheidungen vor. Freilich darf dabei nicht nur vom Gesetzeswortlaut ausgegangen werden. Der Gebrauch der Begriffe Ermessen, freies Ermessen, billiges Ermessen scheint zu willkürlich, als daß man ohne weiteres annehmen könnte, lediglich dann, wenn von billigem Ermessen die Rede ist, liege auch ein gerechtigkeitsbezogenes Ermessen vor. Billigkeit und Gerechtigkeit sind Ausdruck desselben Wertes. Die Billigkeit steht für die konkrete Verwirklichung des Gerechten im Einzelfall, während die Gerechtigkeit als "Ideenbegriff" das allgemeine Rechtsprinzip aufstellt ⁹⁾.

9) Vgl. Göppinger, a.a.O., S. 198; Jellinek, Gesetz, Gesetzesanwendung und Zweckmäßigkeitserwägungen, S. 72; Esser, Wandlungen von Billigkeit und Billigkeitsrecht im modernen Privatrecht, S. 30; Gernhuber, Die Billigkeit und ihr Preis, S. 206; Wolff, Über die Gerechtigkeit als principium iuris, S. 117.

Bettermann ¹⁰⁾ glaubt, nur das richterliche Ermessen bei der Verfahrensgestaltung mit dem Verwaltungsermessen vergleichen zu können. In den anderen Ermessensfällen, in denen eine Ermessensentscheidung (auch) eine Entscheidung in der Sache beinhalte, habe der Richter weder nach Zweckmäßigkeit zu entscheiden noch überhaupt zwischen mehreren Entscheidungsmöglichkeiten zu wählen. Nach Kuchinke ¹¹⁾ fordert das Prinzip der Rechtsstaatlichkeit, Gleichheit vor dem Gesetz und Gerechtigkeit geradezu die Idee heraus, daß nur eine Entscheidung richtig und damit auch gerecht ist. Keidel ¹²⁾ vertritt ebenso wie Nipperdey eine etwas unklare Position. Nach ihm kann zwar nur eine denkbare Entscheidung bei Ausübung billigen Ermessens richtig sein, diese Entscheidung sei aber in das pflichtgemäße billige Ermessen des Tatrichters gestellt. Dieses sei wie sonst nachprüfbar, wobei die Billigkeit einen Bewertungsfaktor darstelle. Nipperdey ¹³⁾ ist der Auffassung, daß eine Billigkeitsentscheidung aufgrund eines Ermessensakts ein Widerspruch in sich sei. Der Begriff Billigkeit als unbestimmter Rechtsbegriff bedinge die Idee nur einer richtigen Entscheidung. Trotzdem bejaht er (bezogen auf § 315 BGB) ein echtes Ermessen. Die Grenzen setzt er nur dahin, daß die Entscheidung als vertretbar erscheinen müsse.

10) A.a.O., S. 366 ff.

11) Grenzen der Nachprüfung tatrichterlicher Würdigung und Feststellungen in der Revisionsinstanz, S. 143.

12) Freiwillige Gerichtbarkeit, § 27 FGG RdNr. 26 d.

13) Enneccerus-Nipperdey, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, Allgemeiner Teil, 1. Halbband, § 50 II 2.

Demgegenüber sieht es z. B. Engisch ¹⁴⁾ gerade als Eigenart des billigen Ermessens an, daß vom Gesetz die Mehrdeutigkeit in Kauf genommen wird. Die "Unbestimmtheit" der betreffenden Normen beruhe darauf, daß "mehrere verschiedene - auch einander widersprechende - Entscheidungen vor dem Gesetz gleich gültig" seien. Ebenso spricht Rittner ¹⁵⁾ von einer Wahl bei Billigkeitsentscheidungen.

bb) Ist es möglich, den Gerechtigkeitsbegriff zu konkretisieren?

Gerade der von Nipperdey herangezogene Ausdruck "unbestimmter Rechtsbegriff" wirft die Frage auf, ob nicht ähnlich wie bei unbestimmten Rechtsbegriffen auf der Tatbestandsseite auch hier etwaige Schwierigkeiten bei der Bestimmung der billigen Entscheidung im Wege der Erkenntnis zu lösen sind. Dies liegt zumal auch deshalb nahe, weil die Idee der Gerechtigkeit keinen subjektiven, sondern objektiven Maßstab darstellt. Bei dessen Ermittlung wiederum ist die Vorstellung maßgebend, die sich in der Gesellschaft als herrschend und verpflichtend durchgesetzt hat. Voraussetzung ist allerdings ebenso wie bei den unbestimmten Rechtsbegriffen auf der Tatbestandsseite, daß eine Konkretisierung überhaupt möglich ist.

Stier-Somlo ¹⁶⁾ meint, die Gerechtigkeit sei "auf das schwankende Gefühl und nicht kontrollierbare subjektive Gedanken gestellt und von ihnen bedingt". Was gerecht sei, müsse letztlich der Richter selbst entscheiden.

14) Die Idee der Konkretisierung in Recht und Rechtswissenschaft unserer Zeit S. 81.

15) Ermessensfreiheit und Billigkeitsspielraum des Zivilrichters im deutschen Recht, S. 51.

16) Das freie Ermessen in Rechtsprechung und Verwaltung, S. 484.

Warda ¹⁷⁾ sieht in der Gerechtigkeit keinen zur unmittelbaren Entscheidung von Rechtsfällen geeigneten Rechtssatz, da sie nicht imstande sei, eine konkrete richterliche Entscheidung vollends auszufüllen.

Schließlich führt Wolff ¹⁸⁾ am ausführlichsten aus: Die Gerechtigkeit fordere ihrem Inhalt nach, eigene Interessen insoweit zurückzustellen, "als dadurch die Befriedigung objektiver wertvoller Interessen anderer Menschen vereitelt wird". Man könne dieses Gebot "formal" aber nur dahin verstehen, daß die Gerechtigkeit allein nicht zur Entscheidung einer Rechtsfrage ausreiche. Bei einer Anerkennung des Prinzips der Gerechtigkeit als unmittelbare Rechtsquelle wäre die Geltung des Rechts dem Zufall der Einsicht der Beteiligten anheim gestellt.

Wolff hält jedoch eine "Konkretisierung" der Gerechtigkeit für möglich, so daß der Gerechtigkeitsgrundsatz objektive Bindungswirkung erlangen könne ¹⁹⁾. Die Gerechtigkeit könne durch eine Vielzahl von Entscheidungen "im Wege des sog. 'case-law' inhaltsge-
wiß werden". Wirklich bindende Rechtsgrundsätze seien aber nur die "Konkretisierungen", die sich "unzweifelhaft als Ableitungen aus dem Prinzip der Gerechtigkeit ergeben". Solche seien aber nur da zu gewinnen, wo "deutliche Interessenlagen unter verhältnismäßig einfachen Umständen" leicht zu bewerten seien.

17) A.a.O., S. 138 f.

18) A.a.O., S. 103 ff., insbes. S. 113; Rechtsgrundsätze und verfahrensgestaltende Grundentscheidungen als Rechtsquellen, S. 38.

19) Rechtsgrundsätze und verfahrensgestaltende Grundentscheidungen als Rechtsquellen, S. 38 ff., 44.

Esser ²⁰⁾, der die Billigkeit ein "vagabundierendes Element der Rechtsgestaltung" nennt, hält ebenfalls die "begriffliche Verankerung" und "Tatbestandsbildung" bei der Billigkeit für möglich. Erst jurisprudentielle Arbeit mache "Prinzipien" im Recht konstruktiv ergiebig. Billigkeit für sich sei kein Argument schlechthin, es bedürfe vielmehr "der Kontrolle an vergleichbaren Präzedenzfällen oder an generellen Tatbestandsmerkmalen".

Rittner ²¹⁾ hingegen hält die Billigkeit für einen "in allen Farben schillernden Begriff", der bei Erörterung des Ermessensproblems am besten aus dem Spiel bleibe.

cc) Eigene Stellungnahme

Fraglich erscheint jedoch, ob wirklich das Prinzip der Gerechtigkeit durch Einzelfallentscheidungen derart konkretisiert werden kann, daß - vielleicht unter Belassen von Lücken - sich ergebende Schwierigkeiten im Einzelfall im Wege der Erkenntnis zu überwinden sind. Man wird davon ausgehen müssen, daß das Gerechtigkeitsprinzip als grundlegendes Rechtspostulat von so genereller Natur und als Ideenbegriff von so "absoluter" Bedeutung ist, daß sie keinen sicher anwendbaren Maßstab im Einzelfall bieten kann. Dementsprechend dürfte es auch als theoretische Überspannung richterlichen Einsichtsvermögens anzusehen sein, wollte man die Findung der allein gerechten Entscheidung verlangen. Die materielle Gerechtigkeit im Einzelfall zu finden, kann nur eine Idealvorstellung sein. Auch der beste Richter muß sich mit "Annäherungswerten" begnügen ²²⁾. Auch gerechtigkeitsbezo-

20) A.a.O., S. 23.

21) A.a.O., S. 24.

22) Baumann, Grenzen der individuellen Gerechtigkeit im Strafrecht, S. 136.

genes Ermessen führt somit nicht dazu, daß eine Wahlmöglichkeit für den Richter entfällt.

VI Ermessen und freie Beweiswürdigung

Im folgenden soll geprüft werden, ob es sich in Fällen der freien Beweiswürdigung um Ermessen handelt oder um etwas davon Verschiedenes.

Seuffert ¹⁾ unterstellt ohne weiteres die freie Beweiswürdigung im Zivilprozeß dem Ermessensbegriff. Für ihn bedeutet richterliches Ermessen "jenes Plus von Tätigkeit, welches die Anwendung der minder konkreten Rechtsnorm im Vergleich mit der Anwendung der konkreteren Rechtsnorm dem Richter verursacht". Dabei unterscheidet Seuffert bereits die Tätigkeit des Richters bei der Konkretisierung des unterstellten Tatbestandes, also die Auslegung unbestimmter Rechtsbegriffe, und das richterliche Ermessen bei der Konkretisierung der Rechtsfolge. Nach Seuffert bedeutet das Prinzip der freien Beweiswürdigung eine "Steigerung des richterlichen Ermessens der zweiten Art". Wieso aber die Entscheidung des Richters nach seiner freien Überzeugung darüber, ob eine tatsächliche Behauptung wahr ist oder nicht, eine Rechtsfolgeentscheidung darstellen soll, bleibt unklar. Dies insbesondere auch deshalb, weil bereits in der Begründung des Entwurfs zur ZPO von einer freien Würdigung der Tatfrage die Rede ist ²⁾.

1) Über richterliches Ermessen, S. 11.

2) Vgl. Hahn, Die gesamten Materialien, IX. Die freie Würdigung des Beweises, § 249 (jetzt § 286 ZPO).

Verstehen wir Ermessen als Wahlmöglichkeit, so muß sich Seuffert zunächst fragen lassen, ob der Richter bei der Entscheidung, mit der er eine Parteibehauptung für wahr hält oder nicht, wirklich wählen kann. Die Auswirkung auf die Rechtsentscheidung des Richters aufgrund seiner Tatsachenfeststellung ist zwar unbestritten, doch kann nicht übersehen werden, daß die Sachverhaltserforschung und die hierbei erforderliche Überzeugung des Richters von dem Vorliegen eines bestimmten Sachverhalts auf einer ganz anderen Ebene liegen. Hier wird die Unterscheidung von Tat- und Rechtsfrage angesprochen.

1. Freie Beweiswürdigung als Tatfrage

Unter Tatfrage versteht man dabei die Frage nach dem tatsächlich Geschehenen, unter Rechtsfrage die nach der Einordnung des Geschehenen gemäß den Kriterien der Rechtsordnung. Die Rechtsfrage wird meist mit dem Vorgang der Subsumtion des Sachverhalts unter den Tatbestand eines Gesetzes gleichgesetzt ³⁾. Die Tatfrage entscheidet der Richter unter Zugrundelegung des Parteivorbringens und aufgrund der Beweisaufnahme. Bei der Rechtsfrage ist der Richter vom Parteivorbringen unabhängig, seine Entscheidung trifft er nach seiner eigenen Rechts- und Gesetzeskenntnis ⁴⁾. Die Sachverhaltsbildung ist von der rechtlichen Beurteilung als wesensverschieden abzusondern. Daran ändert auch nichts die Tatsache, daß alle Sachverhaltsermittlung der Beantwortung einer rechtlichen Grundfrage dient, nämlich der Feststellung der möglichen Rechtsfolgen ⁵⁾. Der unleugbar enge Zusammenhang der Sachverhaltsfest-

3) Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S. 294.

4) Larenz, a.a.O.

5) Larenz, a.a.O., S. 296.

stellung mit der Auswahl der anzuwendenden Rechts-sätze kann das Postulat des "natürlichen Prius der Faktenfeststellung" ⁶⁾ nicht aufheben. Rechtliche Erwägungen, die bei der Sachverhaltserforschung mit einfließen, sind nur vorläufiger Natur. Die endgültige rechtliche Würdigung beginnt erst, nachdem der Richter den Sachverhalt endgültig nach seiner Überzeugung feststellt hat ⁷⁾.

Das Postulat der Trennung von Tat- und Rechtsfrage, die allein eine unvoreingenommene Würdigung des Prozeßstoffes garantiert ⁸⁾, indem sie vor der juristischen Subsumtion Klarheit über die tatsächlichen Grundlagen des zu entscheidenden Rechtsfalls verlangt, vermag auch die teleologische Revisionslehre nicht zu erweitern ⁹⁾. Wenn z. B. Schwinge ¹⁰⁾ die "Sinnlosigkeit" der logischen Abgrenzung von Tat- und Rechtsfrage deswegen behauptet, weil "in der Feststellung der sog. Tatsachen ein sehr erheblicher, oft der erheblichste Teil juristischer Beurteilung steckt" oder Kuchinke ¹¹⁾ die Inhaltsgleichheit von Sachverhaltsbegriff und Rechtssatzbegriff geltend macht, so werden auch sie doch die Unmöglichkeit der Abgrenzung nur im Verhältnis Ober- Untersatz, nicht aber bezüglich der Rechtsfolge behaupten.

6) Scheuerle, Beiträge zum Problem der Trennung von Tat- und Rechtsfrage, AcP 157, 20.

7) Henke, Die Tatfrage, der unbestimmte Rechtsbegriff im Zivilrecht und seine Revisibilität, S. 140.

8) Vgl. Henke, a.a.O., 139.

9) Henke, a.a.O., S. 141.

10) Grundlagen des Revisionsrechts, S. 52 f.

11) Grenzen der Nachprüfung tatrichterlicher Würdigung und Feststellungen in der Revisionsinstanz, S. 78 ff.

2. Ermessen bei der freien Beweiswürdigung

Ist somit die freie Beweiswürdigung der Tatfrage zuzurechnen, auf jeden Fall aber keine Rechtsfolgeentscheidung, so bleibt die weitere Frage, ob nicht doch dem Richter Ermessen im Sinne einer Wahlbefugnis bei der Sachverhaltsermittlung zukommt, zumal in Rechtsprechung und Literatur häufig im Zusammenhang mit richterlicher Beweiswürdigung von Ermessen die Rede ist.

So vertreten insbesondere Stier-Somlo¹²⁾ und Schwin-ge¹³⁾ die Ansicht, dem Richter sei bei der Tatsachenfeststellung Ermessen eingeräumt. Auch die Rechtsprechung scheint - zumindest bei oberflächlicher Betrachtung - dem teilweise zu folgen¹⁴⁾.

Die h. M.¹⁵⁾ vertritt aber zu Recht die gegenteilige Ansicht. Bei der freien Beweiswürdigung ist zu unterscheiden zwischen dem der Überzeugungsbildung vorausgehenden Verfahren und der Tatsachenfeststellung als dessen Ergebnis¹⁶⁾. Ermessen kann dem Richter eingeräumt sein, soweit es die Verfahrensausgestaltung anlangt, das die Beweisaufnahme, die Art und den Umfang der Beweiserhebung betreffende Verfahren. Das bedeutet

12) Das freie Ermessen in Rechtsprechung und Verwaltung, S. 457 ff.

13) A.a.O., S. 155 ff.

14) Vgl. RGZ 121, 117; BGH LM Nr. 10 zu § 286 ZPO (c); BGHZ 28, 303.

15) Warda, Dogmatische Grundlagen des richterlichen Ermessens im Strafrecht, S. 105; Drost, Das Ermessen des Strafrichters, S. 32; Göppinger, Die Erledigung des Rechtsstreits in der Hauptsache, S. 195; LG Stuttgart ZJP 69, 181 f.

16) Göppinger, a.a.O., Anm. 115.

für den Richter freie Wahl der Mittel, aus denen er Erkenntnisse und Erfahrungen schöpfen will ¹⁷⁾.

Daneben findet in der freien Beweiswürdigung das Bestreben des Gesetzgebers seinen Ausdruck, den Richter bei der Beurteilung der Tatfrage von gesetzlichen Beweisregeln freizustellen ¹⁸⁾. Zur Erforschung des Sachverhalts hat der Richter über den Beweiswert der einzelnen, ordnungsgemäß in den Prozeß eingeführten Beweismittel zu entscheiden. Die Freiheit in der Beurteilung der Beweismittel bei der Prüfung, ob bestimmte Tatsachen vorliegen oder nicht ¹⁹⁾, ist nur zu verstehen als Freiheit von gesetzlicher Reglementierung, hat aber nichts mit Willkür oder Ermessen zu tun ²⁰⁾. Da es Aufgabe des Richters ist, festzustellen, was war oder ist, ist bei diesem Beurteilen eine eigene Einflußnahme auf das Beurteilungsobjekt ausgeschlossen ²¹⁾. Das, was wirklich war oder ist, kann nicht in das Ermessen gestellt werden ²²⁾. Hierin zeigt sich der Unterschied zum Ermessen, das zum Objekt nur einen Gegenstand eigener Einflußnahme haben kann.

17) Kuchinke, a.a.O., S. 176 f.

18) Vgl. Hahn, a.a.O.

19) Göppinger, a.a.O.; Warda, a.a.O.

20) Greger, Beweis und Wahrscheinlichkeit, S. 6; Fitting, Die Grundlagen der Beweislast, ZZP 13, 65; Zeiss, Zivilprozeßrecht, § 60 II; Heinsheimer, Die Freiheit der richterlichen Überzeugung und die Aufgaben der Revisionsinstanz, S. 133, 135; Warda, a.a.O., S. 105.

21) Klein, Ermessen und Sprachgebrauch, JZ 1956, 589.

22) Klein, Die Kongruenz des verwaltungsrechtlichen Ermessensbereichs und des Bereichs rechtlicher Mehrdeutigkeit, AÖR 82, 75 ff.

Daß das Ergebnis der Beweiswürdigung, die richterliche Überzeugung, nichts mit Ermessen zu tun hat, wird denn auch bei den Versuchen deutlich, den Begriff richterliche Überzeugung näher zu umschreiben.

So definiert Greger ²³⁾ Überzeugung als "durch psychische Vorgänge hervorgerufenen Empfinden einer Person, welches sie veranlaßt, ein ohne Verstoß gegen Denk-, Natur- und Erfahrungsgesetze aus objektiven Gründen herleitbares Urteil als für sie gültig anzuerkennen".

Maassen ²⁴⁾ sieht in der Überzeugung das Bewußtsein einer subjektiven Gewißheit auf Grund sorgfältiger und erschöpfender Nachforschungen. Die endgültige Entscheidung, die zur richterlichen Überzeugung führe, sei ein willentlicher und schöpferischer Akt.

Döhring ²⁵⁾ vertritt die Auffassung, die Wahrheitsforschung sei keine reine Verstandessache. An ihr seien alle seelischen Kräfte beteiligt. Neben der rationalen Denktätigkeit sprächen auch gefühlsmäßige Regungen mit. Bei der endgültigen Beweiswürdigung habe der Sachbearbeiter auch die innere Stimme angemessen zu berücksichtigen; diese könne bei schwer zu erhellenden Geschehensabläufen der ausschlaggebende Faktor für die Endentscheidung werden. Zu dem, was der kritische Verstand erarbeitet habe, müsse das Ja aus der Tiefe der Persönlichkeit hinzukommen ²⁶⁾.

23) A.a.O., S. 20.

24) Beweismaßprobleme im Schadensersatzprozeß, S. 24 ff.

25) Die Erforschung des Sachverhalts im Prozeß, S. 462, 463.

26) A.a.O., S. 465.

Werner ²⁷⁾ sieht bei der Überzeugungsbildung zwei Komponenten als maßgebend an. Die objektive werde von den Überzeugungsgründen gebildet, während die subjektive aus einem psychischen Entscheidungsakt, einem voluntativen Element bestehe ²⁸⁾. Das subjektive Element werde geprägt durch das Bejahen und Verneinen der unter Beweis stehenden Tatsachen aufgrund der gewonnenen Einsichten in Sachverhaltsbeziehungen. Dabei beruhe die richterliche Entscheidung nicht auf einem rein feststellenden Erkenntnisvorgang, sondern stelle sich als psychischer Akt dar ²⁹⁾.

A. Blomeyer, der sich mehr mit der Frage nach einer Abgrenzung des Beweismaßes befaßt, geht beim Begriff "Überzeugung" offensichtlich ebenfalls davon aus, daß hier ein irgendwie gearteter Willensakt hinzukommen muß, der je nach der Richterpersönlichkeit unterschiedlich eintreten könne ³⁰⁾.

Heller ³¹⁾ meint, die Bestimmungen und Beschreibungen des Begriffes der Überzeugung stimmten darin überein, daß Überzeugung nicht als bloße Erfahrung von Tatsachen bzw. Wahrscheinlichkeiten verstanden werde, sondern daß ein sich als Entscheidung darstellender Persönlichkeitsakt hinzukomme. Die Überzeugung enthalte die rein kognitive Erfahrung von Gegebenheiten

27) Die Beweiswürdigung im Schadensersatzprozeß nach § 287 ZPO, S. 74 ff.

28) Vgl. hierzu Gotthold Bohne, Zur Psychologie der richterlichen Überzeugungsbildung, S. 50 ff.

29) A.a.O., S. 77.

30) Beweislast und Beweiswürdigung im Zivil- und Verwaltungsrecht, S. 16.

31) Die gerichtliche Schadensermittlung nach § 287 ZPO, S. 104.

oder Wahrscheinlichkeiten und jenen voluntativen oder psychischen Akt, der auf Grund der gewonnenen Erfahrung bei dem Richter das Überzeugtsein mit sich bringe.

3. Ermessen beim Beweismaß

Anerkanntermaßen ³²⁾ ist aber bei der freien Beweiswürdigung streng zu unterscheiden zwischen dem abstrakten Beweiskriterium und dem konkreten Beweisergebnis. Während das Beweiskriterium die Voraussetzungen festlegt, unter denen der Richter einen Sachverhalt als bewiesen ansehen darf, beantwortet das Beweisergebnis die Frage, ob diese Voraussetzungen im Einzelfall erfüllt sind. Unstreitig ist auch insoweit, daß nur beim Beweisergebnis Raum für eine freie Beurteilung durch den Richter ist, während es sich beim Beweismaß um eine Rechts- und Wertungsfrage handelt ³³⁾.

Umstritten ist allerdings, wie dieses Beweismaß festzulegen ist. In der Rechtsprechung und überwiegend auch in der Literatur wird die richterliche Überzeugung von der Wahrheit als Kriterium für die Sachverhaltsfeststellung angesehen ³⁴⁾. Bei dieser sogenannten subjektiven Beweismaßtheorie wird das Beweiskriterium nicht rein subjektiv bestimmt, vielmehr tritt zum Merkmal der Überzeugung eine objektive Bezugsgröße - die Wahrheit - hinzu ³⁵⁾. Dieser Theorie wird von Seiten der objektiven Beweismaßtheorie entgegengehalten, sie werfe Beweismaßregelung (Wahrheit) und Beweiswürdigungsregelung (freie Überzeugung) durchein-

32) Greger, a.a.O., S. 8; Maassen, a.a.O., S. 19 f., 23 ff.; Döhring, a.a.O., S. 445.

33) Greger, a.a.O., S. 9; Maassen, a.a.O.

34) RG, Gruchot 54,668; BGH, DRiZ 1967, 239 und 1969,53; BGHZ 53,245,255 f.; Greger, a.a.O., S.81.

35) Greger, a.a.O., S. 81.

ander und verwechsle sie ³⁶⁾. Nach der subjektiven Beweismaßtheorie bleibe es der subjektiven rechtsgefühlsmäßigen Ermessensentscheidung des Richters überlassen, das Beweismaß zu bestimmen ³⁷⁾. Der Vorgang der Überzeugungsbildung sei jedoch vom Gesetzgeber keineswegs als "individuelles Erlebnis", wie Diederichsen ³⁸⁾ meine, konzipiert worden, sondern als objektiv möglichst wissenschaftliche Ermittlung der wirklichen Wahrscheinlichkeitswerte der Erfahrung ³⁹⁾. Neben diesen beiden Theorien finden sich noch objektiverende Beweismaßtheorien, die subjektive und objektive Betrachtungsweisen vermengen. Sie nehmen eine Bindung des Richters an den objektiven Maßstab der Wahrscheinlichkeit an, halten aber gleichzeitig daran fest, daß der Richter vom Vorliegen des Sachverhalts voll überzeugt sein muß ⁴⁰⁾.

Im Rahmen dieser Abhandlung muß letztlich dahinstehen, ob diese Trennung nach objektiver und subjektiver Beweismaßtheorie wirklich so scharf vollzogen werden kann. Sie macht jedenfalls den Versuch deutlich, durch objektive Kriterien die Überzeugungsbildung des Richters so einzugrenzen, daß sie in ähnlich gelagerten Fällen nicht zu völlig verschiedenen Ergebnissen führt. Gleichwohl bleibt aber die Frage zu

36) Maassen, a.a.O., S. 23.

37) Maassen, a.a.O.

38) Fortschritte im dogmatischen Verhältnis des Anscheinsbeweises, ZZP 81, 45, 63.

39) Maassen, a.a.O., S. 22.

40) Greger, a.a.O., S. 88

beantworten, ob nicht dann, wenn man mit der subjektiven Beweismaßtheorie an dem Erfordernis der richterlichen Überzeugung von der Wahrheit festhält, dem Richter damit eine Ermessensentscheidung überlassen wird.

Musielak ⁴¹⁾, der befürchtet, die richterliche Überzeugungsbildung könne als unkontrollierbare Ermessensentscheidung verstanden werden, versucht denn auch dem dadurch zu begegnen, daß er nicht die Wahrheit, sondern die Wahrscheinlichkeit als Objekt der Überzeugung ansieht. Dabei geht er von der Erkenntnis aus, daß die Sachverhaltsfeststellung im Prozeß nicht wie im Privatleben auf einer ungebundenen Überzeugung beruhen dürfe und daß menschliche Erkenntnis nicht zur absoluten Wahrheit führen könne, sondern sich mit einem gewissen Grad von Wahrscheinlichkeit für die Richtigkeit einer Annahme begnügen müsse. Diese Wahrscheinlichkeit im Sinne der naturwissenschaftlichen Wahrscheinlichkeitstheorie, d. h. im Sinne einer relativen Häufigkeit, könne man zwar oft nicht ziffernmäßig, wohl aber mit Beschreibungen wie "an Sicherheit grenzende", "große" oder "überwiegende" Wahrscheinlichkeit in Grade aufteilen. Den Wahrscheinlichkeitsgrad, der für eine bestimmte Feststellung erforderlich ist, bestimmt nach Musielak ein die Folgen materiell falscher Entscheidungen berücksichtigender Rechtssatz. Aufgabe des Richters sei es, festzustellen, ob dieser Wahrscheinlichkeitsgrad im Einzelfall erreicht sei. Hierbei gebe, da dies nur in den seltensten Fällen unanfechtbar festgestellt werden könne, bei der Bewertung der Beweise die subjektive Auffassung des Richters den Ausschlag.

41) Die Grundlagen der Beweislast im Zivilprozeß, S. 105 ff.

Mit Greger ⁴²⁾ muß dieser Auffassung Musielaks jedoch entgegengehalten werden, daß sie auf einem unzutreffenden Verständnis der Überzeugungsbildung und auf der Verwechslung von Entscheidungskriterium und Entscheidungsergebnis beruht.

Die richterliche Überzeugung ist nämlich, wie oben ausgeführt, keine ungebundene, willkürliche Ermessensentscheidung. Sie verlangt mehr als ein Glauben oder Meinen. Sie muß auf Gründen beruhen, die mitteilbar sind, und darf nicht gegen Denk-, Natur- und Erfahrungsgesetze verstoßen ⁴³⁾. Zutreffend weist Greger daraufhin, daß dem Menschen eine unfehlbare Erkenntnis der Wahrheit unmöglich sei und deshalb auch die auf Grund des Beweises getroffenen Feststellungen nur wahrscheinlich wahr seien, daß dies jedoch nicht hindere, am Kriterium der richterlichen Überzeugung von der Wahrheit für die Sachverhaltsfeststellung festzuhalten ⁴⁴⁾. Auch bei Musielaks Auffassung ist nämlich ein subjektiver Einfluß des Richters vorhanden, da dieser bei der Ermittlung des Wahrscheinlichkeitswerts, d. h. bei der Bewertung der Beweise, letztlich entscheiden muß ⁴⁵⁾. Greger zieht aus dieser Feststellung, daß menschliches Urteilen ohnehin nicht von subjektiven Einflüssen freizuhalten ist, schließlich die Folgerung, daß dann der Überzeugung, d. h. einer inneren Stellungnahme zum Urteil, der Vorzug vor Vermutungen und Wahrscheinlichkeitskalkülen zu geben ist ⁴⁶⁾.

42) A.a.O., S. 114, 118, 121.

43) Greger, a.a.O., S. 118, 121; vgl. auch Schwinge, a.a.O., S. 156.

44) Greger, a.a.O.

45) Greger, a.a.O., S. 118.

46) Greger, a.a.O., S. 121.

4. Ermessen und freie Beweiswürdigung bei § 287 ZPO

Den Unterschied Ermessen - freie Beweiswürdigung deutlich zu machen, dafür bietet sich schon seinem Wortlaut nach § 287 ZPO an. Während dort in § 287 Abs. 1 Satz 1 ZPO davon die Rede ist, das Gericht entscheide über den Parteienstreit, ob ein Schaden entstanden und wie hoch dieser oder ein zu ersetzendes Interesse sei, unter Würdigung aller Umstände nach freier Überzeugung, stellt es § 287 Abs. 1 Satz 2 ZPO in das Ermessen des Gerichts, ob und inwieweit eine beantragte Beweisaufnahme oder von Amts wegen eine Begutachtung durch Sachverständige anzuordnen sei. Ausgeklammert bleiben soll hier die Frage, inwieweit § 287 ZPO auch auf die Feststellung des Kausalzusammenhangs Anwendung findet.

a) Materialien und Rechtsprechung

Die Materialien sprechen im Zusammenhang mit der Schadensermittlung von "freiem Ermessen" ⁴⁷⁾. Aus ihnen läßt sich entnehmen, daß der Gesetzgeber dem Gericht bei der Frage nach der Höhe des Schadens mehr Freiheit einräumen wollte als bei der Entscheidung über die Wahrheit oder Nichtwahrheit sonst behaupteter Tatsachen.

Lediglich frühe reichsgerichtliche Entscheidungen unterscheiden noch zwischen der freien Überzeugung bei der Entscheidung und dem richterlichen Ermessen in Verfahrensfragen ⁴⁸⁾. Dort wird angenommen, der Streit um die Frage, ob überhaupt und, wenn ja, in welcher Höhe ein Schaden entstanden sei, sei unter Würdigung aller Umstände nach freier Überzeugung zu entscheiden, dem freien Ermessen des Gerichts sei es jedoch überlassen, ob und inwieweit es eine beantragte Beweisaufnahme anordnen wolle.

47) Hahn, Die gesamten Materialien, X., Die Ermittlung des Schadens, § 250 (jetzt § 287 ZPO).

48) RGZ 9, 416, 418.

Mißverständlich wird schon RGZ 10, 74, 78, wo davon die Rede ist, § 287 ZPO räume völlig freies Ermessen ein. Kann man aus RGZ 10, 74, 78 vielleicht noch entnehmen, daß dort unter Ermessen der Beweismaßstab verstanden wird, so verschwimmen die Grenzen zwischen richterlicher Überzeugung und freiem Ermessen später immer mehr. So setzt nach RGZ 168, 47, 48; RGZ 155, 39 § 287 ZPO freies Ermessen an die Stelle der sonst erforderlichen Einzelbegründung, nach BGHZ 3, 162, 175 dehnt § 287 ZPO das richterliche Ermessen über § 286 ZPO aus.

Aus RGZ 168, 47, 48 und BGH NJW 64, 589 könnte zudem herausgelesen werden, daß neben die freie Überzeugung gleichsam als "Auffangmöglichkeit" für den Fall, daß eine Überzeugungsbildung nicht mehr möglich ist, eine Schätzungsbefugnis tritt.

b) Ansichten in der Literatur

In der Kommentarliteratur läßt sich ebenfalls keine eindeutige Abgrenzung von freier Überzeugung und Ermessen feststellen. Thomas-Putzo ⁴⁹⁾ verwenden die Begriffe "freie Überzeugung" und "freies Ermessen", ohne daß erkennbar wird, ob sie darunter Verschiedenes verstehen.

Baumbach-Lauterbach-Hartmann ⁵⁰⁾ sprechen anfänglich nur von "Würdigung" und "Überzeugungsbildung". So erweitert nach ihnen u. a. § 287 ZPO den Umfang richterlicher Würdigung über die Grenzen des § 286 ZPO hinaus. Der Richter sei in Auswahl und Würdigung der Beweise freier gestellt. Der ursächliche Zusammenhang könne schon dann bejaht werden, wenn eine erhebliche Wahrscheinlichkeit vorhanden sei, die dem Richter hier zur

49) ZPO, § 287 Anm. 3 a), b).

50) ZPO, § 287 Anm. 1) A.

freien Überzeugungsbildung ausreiche. Bei Erörterung der Frage der Überprüfbarkeit heißt es dann aber auf einmal, daß die für die Schadensfeststellung maßgebenden einzelnen Erwägungen des Gerichts als Äußerungen freien Ermessens in der Revisionsinstanz nur auf Überschreitung dieser Grenzen nachprüfbar seien⁵¹⁾. Stein-Jonas-Schumann-Leipold⁵²⁾ stellen einerseits fest, § 287 Abs. 1 ZPO erlaube die Feststellung von Schäden durch Ausdehnung des richterlichen Ermessens über die Schranken des § 286 ZPO hinaus. Auch gehen sie bei der Nachprüfbarkeit nur von dem Begriff des "freien Ermessens" aus⁵³⁾. Andererseits deuten sie eine Trennung zwischen Überzeugung und freiem Ermessen an, wenn sie ausführen, das Gericht solle in Beziehung auf die Beweiswürdigung, in wesentlicher Abweichung von § 286 ZPO, auch wenn das Ergebnis der Verhandlung und einer etwaigen Beweisaufnahme nicht genüge, um seine volle Überzeugung zu begründen, dennoch berechtigt sein, die Aufnahme angebotener Beweise abzulehnen und ohne jede Beweiserhebung "hierüber" nach freiem Ermessen innerhalb der Parteianträge zu entscheiden⁵⁴⁾. Da jedoch nicht eindeutig ist, worauf sich dieses "hierüber" bezieht, bleibt letztlich auch unklar, ob Stein-Jonas-Schumann-Leipold in § 287 Abs. 1 ZPO einen Fall der Beweiswürdigung oder des Ermessens sehen.

51) Baumbach-Lauterbach-Hartmann, a.a.O., § 287, Anm. 3) A.

52) ZPO, 19. Auflage, § 287 Anm. I.

53) A.a.O., § 287 Anm. III. 4.

54) A.a.O., § 287 Anm. III. 2.

Zöller verwendet bei seiner Kommentierung im wesentlichen die Begriffe "Ermessen" und "Schätzen" ⁵⁵⁾. Wieczorek schließlich läßt ebenfalls keine klare Trennung der Begriffe "freie Überzeugung" und "freies Ermessen" erkennen ⁵⁶⁾.

Unklar bleiben auch die Formulierungen von Lent-Jauernig ⁵⁷⁾ zu § 287 ZPO. Einmal heißt es dort, daß das Gericht im Rahmen des § 287 Abs. 1 ZPO nach freiem Ermessen zu entscheiden habe. Andererseits wird aber ausgeführt, § 287 Abs. 1 ZPO berühre die Frage des Beweismaßes (welcher Grad von Wahrscheinlichkeit genügt?).

Rosenberg-Schwab ⁵⁸⁾ unterscheidet hingegen klar sowohl für § 287 ZPO wie für § 286 ZPO in das Ermessen bei der Beweiserhebung und den Beweismaßstab, der in der vollen Überzeugung besteht.

Insbesondere Hainmüller ⁵⁹⁾ und Prölss ⁶⁰⁾ sehen in § 287 ZPO eine Rechtsfolgebestimmung. Ersterer meint, die ZPO versehe durch die Vorschrift des § 287 ZPO das Gericht mit einem in manchem erleichterten Verfahren zur Gewinnung möglicher Erkenntnisse. Soweit

55) ZPO, § 287 Anm. 1), 3), 4).

56) ZPO, § 287 Anm. B II b, C III, D IV a 2, E II b 1.

57) Zivilprozeßrecht, S. 166.

58) Zivilprozeßrecht, S. 563.

59) Der Anscheinsbeweis und die Fahrlässigkeitstat im heutigen deutschen Schadensersatzprozeß, S. 146.

60) Beweiserleichterungen im Schadensersatzprozeß, S. 49.

sich das Gericht zumindest die Grundlagen beschaffen könne, werde ihm von der Prozeßordnung eine weitere besondere Freiheit im Bereich der eigentlichen Überzeugungsbildung eingeräumt. Deren Ergebnis lasse sich dann aber nicht mehr als bloße Wahrheitsfindung begreifen, sondern müsse bereits als Rechtsfolgebestimmung (mit speziellem Ermessensspielraum) gesehen werden. Während es bei § 286 ZPO um reine Tatsachenfeststellungen kraft "freier Würdigung" im Rahmen des gewöhnlichen Beweisverfahrens gehe, gehe es bei § 287 ZPO um Betätigung eines Rechtsfolgeermessens auf eigener Tatsachenbasis, für deren Gewinnung natürlich § 286 Abs. 1 ZPO gelte.

Prölss und auch Stoll ⁶¹⁾ folgen dem wohl im Ergebnis. Nach Prölss ermächtigt § 287 ZPO in erster Linie den Richter, bei feststehendem Haftungsgrund den Schaden notfalls "ex aequo et bono" zu bemessen. Trotz des unterschiedlichen Wortlauts und, obwohl Prölss im Grunde trennt zwischen Beweismaß und Verfahrenserleichterungen, bedeutet für sie freie Überzeugung im § 287 ZPO nichts anderes als freies Ermessen. Begründet wird dies im übrigen damit, daß, wollte man auch im Rahmen des § 287 ZPO auf Wahrscheinlichkeiten abstellen, es des § 287 ZPO nicht bedurft hätte ⁶²⁾.

Nach Greger ⁶³⁾ ist § 287 ZPO eine Vorschrift, derzufolge der Richter bei der Schadensermittlung freier gestellt ist als bei der Ermittlung anderer streitiger Umstände. Diese Beweiserleichterung komme in § 287 ZPO auch dadurch zum Ausdruck, daß hier anders als in § 286 Abs. 1 Satz 1 ZPO eine Überzeugung von der Wahrheit der entsprechenden Behauptung nicht verlangt werde.

61) Haftungsverlagerung durch beweisrechtliche Mittel, AcP 176, 184.

62) Prölss, a.a.O., S. 53.

63) A.a.O., S. 129 ff.

Nach Ansicht von Greger glaubte der Gesetzgeber für die meist problematische Ermittlung der Vermögenseinbuße keinen Beweis im strengen Sinne verlangen zu dürfen, sondern eine Ermessensentscheidung vorsehen zu können. In § 287 ZPO beschreibe das Merkmal der Überzeugung nur den Vorgang der zur richterlichen Ermessensentscheidung führenden Tatsachenwürdigung. Andererseits hält es Greger nicht für angebracht, in diesem Zusammenhang von einem Rechtsfolgeermessen oder einem richterlichen Gestaltungsakt zu sprechen, da der Richter nicht Rechtsfolgen festzulegen habe, sondern ihm lediglich bei der Ermittlung der für den Rechtsfolgenausspruch maßgeblichen Grundlagen eine gewisse Freiheit eingeräumt werde.

Mit Werner ⁶⁴⁾ und Heller ⁶⁵⁾ kann letzteren Ansichten entgegengehalten werden, daß ein Schaden objektiv nur in ganz bestimmter Höhe eingetreten sein kann, es sich also um Tatsachenfeststellungen handelt. Hält man sich an die hier zugrunde gelegte Definition des Ermessensbegriffes, so gibt es m. E. keinen Grund dafür, daß der Richter, obwohl der Schaden objektiv feststeht, noch die Möglichkeit haben soll, zwischen verschiedenen Schadenshöhen wählen zu können. Der Umstand allein, daß man von ihm nicht verlangen kann, den Schaden auf Heller und Pfennig zu bestimmen, führt nicht zu einer Wahlbefugnis. Der Richter bleibt nämlich bei aller Freiheit in Bezug auf die Schadensermittlung verpflichtet, auch bei der Schätzung dem wahren Schadensbetrag möglichst nahe zu kommen. Dieses Ergebnis muß dann von seiner Überzeugung getragen sein.

64) A.a.O., S. 56 ff.

65) A.a.O., S. 72 ff.

Nach Werner kommt hinzu, daß Ermessensentscheidungen unter dem Blickwinkel der Zweckmäßigkeit stünden, so daß in gleichgelagerten Fällen die Ermessensentscheidungen divergierend ausfallen könnten.

Kommt man nun zum Ergebnis, daß auch § 287 Abs. 1 Satz 1 ZPO sich auf eine Tatsachenfeststellung bezieht, nämlich ob und in welcher Höhe ein Schaden entstanden ist, so bedeutet dies, daß auch im Rahmen des § 287 Abs. 1 Satz 1 ZPO kein Ermessen waltet. Der Richter hat nicht die Möglichkeit über die objektiv feststehenden Tatsachen hinweg eine Wahlentscheidung zu treffen. Zu einer solchen wird die richterliche Entscheidung auch nicht dann, wenn man der Meinung folgt, § 287 ZPO erfordere ein geringeres Beweisquantum als § 286 ZPO, der Richter müsse bei § 287 ZPO eher überzeugt sein als bei § 286 ZPO⁶⁶⁾. § 287 ZPO ist eine Vorschrift des Beweisrechts, sie dient der Wahrheitsfindung durch das Gericht. Die Rechtsfolge ist einer materiell-rechtlichen Norm zu entnehmen, § 287 ZPO soll es nur verfahrensrechtlich erleichtern, diese Entscheidung zu finden.

66) Werner, a.a.O., S. 79; Döhring, a.a.O., S. 456; Klauser, Möglichkeit und Grenze richterlicher Schadensschätzung, JZ 1968, 167 ff.; vgl. hierzu auch Arens, Dogmatik und Praxis der Schadensschätzung, ZZP 88, 64.

5. Nachprüfbarkeit der freien Beweiswürdigung

Auch hinsichtlich ihrer Nachprüfbarkeit nimmt die freie richterliche Beweiswürdigung gegenüber dem richterlichen Ermessen eine Sonderstellung ein. Auch unter diesem Gesichtspunkt zeigt sich die Andersartigkeit der Beweiswürdigung im Vergleich zum richterlichen Ermessen.

Bei aller Vielzahl der von der Rechtsprechung im Einzelfall anerkannten Überprüfungsmöglichkeiten gilt als Grundsatz, daß die Beweiswürdigung nicht revisibel ist. Diese Beschränkung des Revisionsgerichts ergibt sich aus der gegenüber der Berufung andersartigen Ausgestaltung der Revisionsinstanz, die durch prinzipielle Gesichtspunkte (Klärung von Rechtsfragen, Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung, Fortbildung des Rechts, grundsätzliche Bedeutung einer Rechtsfrage, Auswirkung über die Parteien hinaus) ⁶⁷⁾ geprägt wird. Um diese Ziele durch die Revision zu erreichen, ohne erneut eine Beurteilung sämtlicher bei der Ermittlung und Würdigung eines Sachverhalts auftretenden Fragen vorzunehmen, war es erforderlich, die Revision einzuschränken. Dabei läßt sich die Einschränkung der Überprüfungsmöglichkeit wohl am besten durch das Gegensatzpaar Tatfrage - Rechtsfrage kennzeichnen ⁶⁸⁾. Nur die letztere unterliegt einer Nachprüfung in der Revisionsinstanz. Da nun die freie Beweiswürdigung, wie bereits ausgeführt, der Tatfrage zuzuordnen ist, ist sie durch das Revisionsgericht grundsätzlich auch nicht überprüfbar.

67) Kuchinke, a.a.O., S. 45 f.

68) Kuchinke, a.a.O., S. 25.

Demgegenüber besteht für das Berufungsgericht als Tatsacheninstanz kein Grund, sich einer eigenverantwortlichen Würdigung des Beweisergebnisses zu entziehen ⁶⁹⁾. Nach den Materialien soll das Berufungsrecht nicht nur ein Recht auf Kritik des Verfahrens 1. Instanz oder der Nachprüfung und Berichtigung des unterrichterlichen Urteils unter dem Gesichtspunkt geben, ob gerecht geurteilt wurde, sondern ein Recht auf Gewährung eines neuen Judiziums, auf Erneuerung und Wiederholung des alten Rechtsstreits vor einem anderen Richter ⁷⁰⁾. Darum bestimmt auch § 525 ZPO, daß der Rechtsstreit "von neuem" zu verhandeln ist. Das Berufungsgericht darf also nicht wegen einer mangelhaften Beweiswürdigung aufheben und zurückverweisen, sondern hat sie selbständig durchzuführen ⁷¹⁾. Dabei ist freilich keine vollständige Wiederholung der Beweisaufnahme erster Instanz durch das Berufungsgericht erforderlich (vgl. § 526 Abs. 1 ZPO). Es kann sich jedoch nicht der Aufgabe entziehen, sich mit dem Ergebnis der Beweisaufnahme erster Instanz in Form einer Beweiswürdigung auseinanderzusetzen ⁷²⁾.

69) BAG, MDR 1963, 959.

70) Hahn, Die gesamten Materialien, I, § 12; § 478; ebenso A. Blomeyer, Zivilprozeßrecht, S. 552.

71) RG, JW 1936, 3543 Nr. 10; Wieczorek, a.a.O., § 286 Anm. D III; § 539 Anm. B II b 3; Schneider, Die Beweiswürdigung im Zivilprozeß, MDR 1965, 879, 881.

72) BAG, NJW 1970, 880.

Hat nun das Berufungsgericht grundsätzlich eine eigene Beweiswürdigung vorzunehmen, so stellt sich in der Berufungsinstanz die Frage, ob und inwieweit die freie Beweiswürdigung des Erstgerichts nachprüfbar ist, nicht. Bedeutung kommt ihr jedoch umso mehr für die Revisionsinstanz zu.

Freie Beweiswürdigung kann in einem Rechtsstaat nicht dahin verstanden werden, als sei es der Willkür des Tatsachenrichters überlassen, welchen Sachverhalt er für gegeben erachtet, welchen Beweiswert er einem Beweismittel beilegt. Insoweit deutet bereits § 286 Abs. 1 Satz 2 ZPO daraufhin, daß der Richter nicht mit der unbegründeten Feststellung einer Tatsache nach seiner freien Überzeugung damit auch jeglicher Nachprüfung den Boden entziehen kann. § 286 Abs. 1 Satz 2 ZPO verpflichtet den Richter zu einer umfassenden und widerspruchsfreien Auseinandersetzung mit dem Beweisergebnis. Die Entscheidungsgründe müssen den Weg der zur richterlichen Überzeugungsbildung geführt hat, so aufzeigen, daß er objektiv und logisch nachprüfbar ⁷³⁾ ist. Daran sind freilich auch keine übertriebenen Anforderungen zu stellen. Z. B. ist nicht ein Eingehen auf jedes Parteivorbringen oder Beweismittel erforderlich ⁷⁴⁾, vielmehr genügt, daß sich aus der Gesamtheit der Gründe eine sachentsprechende Beurteilung überhaupt ergibt ⁷⁵⁾. Ein erheblicher Mangel in dieser Hinsicht ist wegen Verstoßes gegen § 286 ZPO revisibel.

73) BAG, NJW 1970, 880.

74) RGZ 156, 315.

75) BGHZ 3, 175.

Einer ersten Begrenzung unterliegt die freie richterliche Beweiswürdigung durch Beweisregeln, die die Prozeßordnung selbst aufführt (vgl. § 286 Abs. 2 ZPO) und zu denen die gesetzlichen Vermutungen rechnen, z. B. §§ 415 - 418, 438 Abs. 2, 164 Satz 2, 198 Abs. 2 Satz 1, 202 Abs. 2, 314 ZPO. Hinzu kommen eine Anzahl von Regeln, die Literatur und Rechtsprechung erarbeitet haben. Hierunter fallen insbesondere die Grundsätze über die Beweislast sowie über den Beweis des ersten Anscheins.

Der Unterschied von freiem Ermessen und freier Überzeugung zeigt sich auch darin, welchen Mängeln bei der Beweiswürdigung revisionsrechtliche Bedeutung zukommt. Diese Mängel sind gegenüber Ermessensfehlern andersartig und gründen darin, daß der Tatrichter eine eigene Urteilsbildung unterlassen hat oder seine Urteilsbildung offenbar unzureichend ist ⁷⁶⁾. Enthält sich der Richter einer eigenen Urteilsbildung, so kann sich dies in drei Richtungen auswirken. Der Richter kann sich im Verhältnis zu Aussagen der Parteien, Zeugen und Sachverständigen usw., die Gegenstand der Verhandlung geworden sind, irrtümlich für gebunden halten, aus Nachlässigkeit deren Urteilsbildung nicht überprüft haben oder seine Überzeugung mangels hinreichender Sachverhaltsaufklärung auf ungenügenden Grundlagen aufgebaut haben ⁷⁷⁾. Einer solchen Selbstständigkeit des Urteils kann es ferner ermangeln, wenn sich der Richter der höheren Instanz im Verhältnis zur niederen oder im Verhältnis zu nebengeordneten Instanzen irrtümlich für gebunden hält ⁷⁸⁾.

76) Kuchinke, a.a.O., S. 199.

77) Kuchinke, a.a.O., S. 207.

78) Kuchinke, a.a.O., S. 200.

Bei der Urteilsbildung selbst ist der Richter unter die Gesetze der Logik und Erfahrung gestellt ⁷⁹⁾. Ein Mangel hierbei ergibt sich dann, wenn der Richter "im Rahmen seiner Aufklärungspflicht allgemeine Sätze des gesicherten Erfahrungswissens nicht verwertet oder, zwar berücksichtigt, aber den Beweiswert zwingender Sätze falsch einschätzt ⁸⁰⁾. Die Revisibilität der Erfahrungssätze auch bei der Beweiswürdigung rechtfertigt sich daraus, daß es zu jeder Beweiswürdigung einer "logischen Operation" bedarf, "indem die Beweisresultate unter gewisse allgemeine Erfahrungssätze - die Beweisregeln - subsumiert und daraus dann der Schluß auf die Wahrheit und Unwahrheit der zu beweisenden Tatsache gezogen werden muß" ^{80 a)}.

Umstritten ist hierbei, woraus sich die Notwendigkeit ergibt, die Summe des Erfahrungswissens zu berücksichtigen. Nach der einen Meinung handelt es sich bei den Erfahrungssätzen um Rechtsnormen ⁸¹⁾, da sie gegenüber Einzelereignissen allgemeine Regeln sind, die "als Maßstab für die Beurteilung von Tatsachen" dienen. Nach der Gegenmeinung ⁸²⁾ folgt die Beachtung von Erfahrungswissen zwangsläufig aus der richterlichen Funktion. Aus der logischen Zusammengehörigkeit von Erfahrungssatz und Feststellung ergebe sich, daß beide im Prozeß die gleiche Behandlung erfahren müssen. Danach stelle sich nicht die Frage, ob ein Erfahrungssatz richtig angewendet worden sei, sondern ob es sich um Feststellungen handle, die der Richter nach seiner freien Überzeugung zu treffen hat.

79) Schwinge, a.a.O., S. 157.

80) Kuchinke, a.a.O., S. 207.

80a) Birkmeyer, Deutsches Strafrecht, S. 398; vgl. auch Schwinge, a.a.O., S. 190 f.

81) Hainmüller, a.a.O., S. 48 ff., RGSt 61, 151; vgl. auch Schwinge, a.a.O., S. 188, der selbst einer differenzierten Betrachtungsweise folgt.

82) Kuchinke, a.a.O., S. 207, 187 ff.

Die Grenze der richterlichen Freiheit ergebe sich dabei nicht aus dem Wesen der Erfahrungssätze, sondern sei nach dem Umfang zu bemessen, in dem die tatrichterliche Überzeugungsbildung überhaupt gebunden sein soll und kann. Insofern könne der Richter aber nur an die gesicherten Erkenntnisse und Sätze von allgemeiner Geltung gebunden sein ⁸³⁾.

Dieser Auffassung, die die Verpflichtung des Richters, die Erfahrungssätze zu beachten, bereits aus § 286 ZPO herleitet mit der Folge, daß Verstöße hiergegen als Verletzung dieser Vorschrift revisibel sind, ist der Vorzug vor der erstgenannten Ansicht zu geben. Die Erfahrungssätze als Rechtsnormen zu qualifizieren, erscheint demgegenüber gekünstelt und unnötig ⁸⁴⁾.

Als Ergebnis dieses Abschnitts kann also zusammengefaßt werden:

Die freie Überzeugung des Richters bei der Beweiswürdigung ist ein von einer Ermessensentscheidung wesensverschiedener Akt. Da sich das Ergebnis der Überzeugungsbildung auf Tatsachen bezieht, ist eine Einflußnahme des Richters auf das Beurteilungsobjekt im Sinne einer Wahlmöglichkeit, wie sie beim Ermessen gegeben ist, nicht möglich.

Entsprechend der Zuordnung der richterlichen Beweiswürdigung zur Tatfrage ist das Revisionsgericht darauf beschränkt, die Beweiswürdigung auf einen Ver-

83) Kuchinke, a.a.O., S. 199.

84) Greger, a.a.O., S. 18; Heescher, Untersuchungen zum Merkmal der freien Überzeugung in § 286 ZPO und § 261 StPO, S. 108 ff.; Kuchinke, a.a.O., S. 187 ff.

stoß gegen § 286 ZPO hin zu überprüfen, während das Berufungsgericht diese in vollem Umfang überprüfen und gegebenenfalls ersetzen kann. Im Gegensatz zum Er-messen, dessen reversible Schranken sich im wesent-lichen aus seinen gesetzlichen Voraussetzungen und dem Normzweck ergeben, liegen reversible Verstöße ge-gen § 286 ZPO insbesondere dann vor, wenn die Tat-sacheninstanz den Sachverhalt ungenügend aufgeklärt hat, die Überzeugungsbildung also auf einer unzu-reichenden Grundlage beruht, oder bei der Überzeu-gungsbildung gegen die Gesetze der Logik und Erfah-rung verstoßen hat.

VII. "Freies Ermessen" in den einzelnen Vorschriften der ZPO und dessen Nachprüfbarkeit

Nach diesem allgemeinen Überblick über die unterschiedlichen Ansichten zum Ermessensbegriff in Literatur und Rechtsprechung und dem Versuch einer Abgrenzung zum unbestimmten Rechtsbegriff und zur freien Beweismwürdigung soll nun eine Betrachtung der einzelnen Bestimmungen der ZPO, in denen von freiem Ermessen die Rede ist, folgen.

1. "Freies Ermessen" nach § 3 1. Halbsatz ZPO

Hierbei stößt man zunächst auf § 3 1. Halbsatz ZPO, wonach das Gericht den Streitwert nach freiem Ermessen festzusetzen hat. Da, wie bereits erwähnt wurde, der Terminologie in der ZPO nicht immer vertraut werden kann, muß einer Prüfung etwaiger Schranken des dem Gericht in § 3 ZPO anscheinend eingeräumten Ermessens die Frage vorausgehen, ob in § 3 1. Halbsatz ZPO wirklich dem Richter solches Ermessen zugestanden wird, wie wir es hier verstehen wollen.

a) Rechtsprechung und Literatur

Geht man vom Wortlaut der Vorschrift aus, so scheint dieser eindeutig auf ein Rechtsfolgeermessen hinzuweisen ("... wird ... nach freiem Ermessen festgesetzt"). Auch in Literatur und Rechtsprechung wird fast ausschließlich von der Annahme freien Ermessens ausgegangen, wobei aber nähere Erörterungen unterbleiben, ob es sich hierbei überhaupt um Ermessen handelt. So sprechen die Materialien ¹⁾ von "freiem Ermessen",

1) Hahn, Die gesamten Materialien, II Sachliche Zuständigkeit der Gerichte, §§ 3-9.

stellen aber andererseits lapidar fest, daß für die "Werthschätzung" in der Regel der "Verkehrswert" maßgebend sein wird und die §§ 6 - 9 ZPO die leitenden Grundsätze für die "Werthberechnung" in einzelnen besonderen Fällen geben.

Die Rechtsprechung streitet in Bezug auf den Begriff freies Ermessen in § 3 1. Halbsatz ZPO, soweit ersichtlich, nur darum, ob das Beschwerdegericht in der Ausübung des Ermessens ganz an die Stelle des Erstgerichts tritt oder ob es nur das vom Erstgericht ausgeübte Ermessen auf Ermessensfehler überprüfen kann. Dabei lassen es die Entscheidungen, die nur eine beschränkte Ermessensüberprüfung annehmen, bei mehr oder weniger allgemeinen Formeln bewenden. So wird oftmals eine weitere Begründung abgelehnt, weil der "Begriff des freien Ermessens nicht verkannt" worden sei, die Streitwertbestimmung nicht "aus unsachlichen Gründen oder willkürlich erfolgt" sei ²⁾ oder ganz allgemein "ein grober Ermessensfehler oder gar Ermessensmißbrauch" nicht festzustellen sei ³⁾.

Das OLG Köln hatte dabei z. B. die Streitwertfestsetzung für ein Verfahren auf Erlaß einer einstweiligen Verfügung zu überprüfen, mit dem sich der Antragsteller gegen aus einer Hühnchenbraterei aufsteigende Dünfte wandte, die den ungestörten Besitz seiner Wohnung beeinträchtigten. Den Streitwert bemaß das Oberlandesgericht nach dem Interesse des Antragstellers - in diesem Falle nach der durch die Gerüche hervorgerufenen Wertminderung. Im Hinblick darauf, daß bei einer einstweiligen Verfügung das streitige Rechtsverhältnis nicht endgültig geklärt werden könne, sei

2) LAG Frankfurt/M., AP § 3 ZPO, Nr. 3.

3) OLG Köln, JurBüro 1965, 753; OLG Frankfurt/M., JurBüro 1968, 313.

das Interesse des Antragstellers am Erlaß der einstweiligen Verfügung entsprechend geringer zu bewerten. Unter Berücksichtigung dieser Grundsätze könne der Beschluß des Landgerichts nicht beanstandet werden. Es könne keine Rede davon sein, daß ein grober Ermessensfehler oder gar ein Ermessensmißbrauch vorliege, worauf sich allein die Nachprüfungs- und Abänderungsbefugnis beziehe.

Die Gegenmeinung in der Rechtsprechung ⁴⁾ geht hingegen davon aus, daß der Streitwertbeschluß der Vorinstanz voll nachprüfbar ist und das Beschwerdegericht über die Höhe des Streitwertes nach eigenem Ermessen zu entscheiden hat. Auch diese Ansicht zweifelt nicht daran, daß es sich bei der Streitwertfestsetzung um einen Ermessensakt handelt.

b) Eigene Stellungnahme

Zweifel an diesen Auffassungen ergeben sich jedoch schon, wenn man sich einen Überblick darüber verschafft, was die Literatur und Rechtsprechung als Anhaltspunkt für die Festsetzung des Streitwerts heranzieht. - Eine Festsetzung des Streitwerts nach Belieben im Sinne von Willkür wird nämlich nirgends angenommen. - Hier bezeichneten bereits die Materialien ⁵⁾ die Anlehnung an den Verkehrswert als die Regel. Ein höherer als der gemeine Wert könne nur angesetzt werden, wenn sich dies aus besonderen sachlichen Verhält-

4) OLG Hamm, JMB1 NRW 1963, 98 = KostRspr § 23 GKG a.F., Nr. 17;
OLG Köln, MDR 1969, 317 = KostRspr § 23 GKG a.F., Nr. 53.

5) Hahn, a.a.O.

nissen für eine der Parteien ergebe. Dementsprechend soll nach heute herrschender Ansicht in Literatur und Rechtsprechung für die Streitwertfestsetzung das objektiv bestimmte wirtschaftliche Interesse des Klägers entscheidend sein ⁶⁾ und nicht die rein subjektiven Vorstellungen und Interessen des Klägers ⁷⁾. Ebenso sind die Belange des Beklagten nicht zu berücksichtigen.

Dieser Anhalt an den objektiven Verkehrswert - von den Besonderheiten des §§ 4 - 9 ZPO soll hier abgesehen werden - für die Festsetzung des Streitwerts legt nun die Frage nahe, ob wirklich in § 3 1. Halbsatz ZPO dem Richter ein Rechtsfolgeermessen eingeräumt wird. Sowohl in Literatur wie in Rechtsprechung findet sich immer wieder der Begriff des "Schätzens" ⁸⁾. Die Verwendung dieses Begriffes läßt an die Regelung des § 287 Abs. 1 Satz 1 ZPO denken, wo eine Schätzung des geltend gemachten Schadens nach "freier Überzeugung" erfolgen kann. Einen Bezug zwischen § 287 ZPO und § 3 ZPO stellt insofern Göppinger her ⁹⁾, der bei der Einteilung der Ermessensvorschriften im Zivilprozeßrecht § 287 ZPO und § 3 ZPO unter die Gruppe

6) Baumbach-Lauterbach-Hartmann, ZPO, § 3 Anm. 2) A.; Thomas-Putzo, ZPO, § 2 Anm. 4. a) aa); KG, NJW 1964, 821; OLG Köln, JMB1 NRW 1971, 77; OLG Schleswig, JurBüro 1971, 613; OLG Celle, NJW 1962, 1778.

7) AA) KG, KostRspr § 3 ZPO, Nr. 19; OLG Bamberg, KostRspr § 32 ZPO, Nr. 91.

8) Vgl. z. B. Rosenberg-Schwab, Zivilprozeßrecht, S. 158; Thomas-Putzo, a.a.O., § 3, Anm. 1. b).

9) Die Erledigung des Rechtsstreits in der Hauptsache, S. 181.

von Fällen einreihen will, bei denen das Gericht eine Prozeßhandlung vornehmen muß, bei denen aber hinsichtlich des Inhalts ein gewisser "Spielraum" besteht.

Bemerkenswert ist zudem, was Göppinger in einer Anmerkung ¹⁰⁾ noch zur Streitwertfestsetzung sagt. Er führt nämlich u. a. aus, daß bei der Streitwertfestsetzung die Würdigung der zugrundeliegenden Tatsachen, also die Tatfrage, die Frage betrifft, wie hoch z. B. der Schaden betragsmäßig zu schätzen ist. Wie wir bereits bei der Abgrenzung Ermessen - freie Beweiswürdigung gesehen haben, unterfällt die Tatsachenfeststellung im Prozeß der freien Beweiswürdigung, es entscheidet also die richterliche Überzeugung, eine Ermessensausübung ist in diesem Rahmen ausgeschlossen. Sollte nun bei § 3 ZPO, wo es auch um Tatsachenfeststellung (Verkehrswert) geht, gerade im Bezug auf diese Tatsachen Ermessen ausgeübt werden können?

Eine gewisse Verwandtschaft der Streitwertfestsetzung nach § 3 ZPO und der Schadensschätzung nach § 287 ZPO deuten auch Stein-Jonas-Schumann ¹¹⁾ an, wenn es dort heißt, das freie Ermessen in § 3 ZPO gehe über §§ 286, 287 ZPO hinaus. Stein-Jonas-Schumann führen in diesem Zusammenhang aus, daß zwar auf der einen Seite ein positives Ergebnis erzielt werden müsse, andererseits das Gericht aber nicht die Pflicht (wohl aber das Recht) habe, die von den Parteien angebotenen Beweise zu erheben. Diese Freiheit des Gerichts beim Finden der Grundlagen für die Bestimmung des Streitwerts (§ 3 2. Halbsatz ZPO) gleicht ebenfalls der erleichterten Tatsachenfeststellung des § 287 Abs. 1 Satz 2 ZPO.

10) A.a.O., Anm. 54.

11) ZPO, 20. Auflage, § 3 RdNr. 9.

Einen Bezug zwischen § 287 ZPO und § 3 ZPO stellt schließlich auch noch Teubner her ¹²⁾. Er meint, § 287 Abs. 2 ZPO, eine dem § 3 ZPO nahestehende Regelung, zeige eine Verschränkung von Verfahrens- und Sachentscheidung. Wo nach freiem Ermessen nicht vollständig aufgeklärt worden sei, dort werde auch der Anspruchsinhalt vom Ermessen mitgestaltet. § 3 ZPO trage dieser Verbindung sogar in seinem Wortlaut Rechnung. Letztlich läßt sich jedoch den Ausführungen Teubners nicht eindeutig entnehmen, ob er für § 3 ZPO auch hinsichtlich der Sachentscheidung deshalb ein Ermessen bejaht.

Gerade die Feststellung in Literatur und Rechtsprechung, daß grundsätzlich der objektive Verkehrswert Maßstab für die Streitwertbemessung ist, zeigt m. E. die Ähnlichkeit des § 3 ZPO mit § 287 ZPO. Im Falle des § 287 ZPO ist objektiv ein Schaden entstanden, der an sich aufgrund § 286 ZPO nach freier Beweiswürdigung festgestellt werden müßte. § 287 ZPO führt jedoch insofern eine Erleichterung für das Verfahren der Überzeugungsbildung ein (§ 287 Abs. 1 Satz 2 und 3 ZPO). Deswegen kann aber nicht von einer Tatsachenfeststellung abgesehen und Ermessen ausgeübt werden. Auch bei § 3 ZPO ist grundsätzlich davon auszugehen, daß der den Streitwert in der Regel bestimmende Verkehrswert objektiv feststeht und deshalb an und für sich, wenn auch vielfach nur unter Schwierigkeiten, vom Gericht feststellbar ist.

Die noch über §§ 286, 287 ZPO hinausgehende Freiheit in § 3 ZPO bezieht sich auf das der Überzeugungsbildung vorausgehende Verfahren. Die hier eingeräumte Freiheit bei der Beschaffung der Grundlagen für die

12) Die Festsetzung des Streitwerts nach freiem Ermessen - wessen?, DRiZ 1973, 389.

Überzeugungsbildung kann dann freilich in noch größerem Maße als bei § 287 ZPO dazu führen, daß sich dem Richter zunächst eine größere Bandbreite von Möglichkeiten der Streitwertfestsetzung anbietet. Insoweit wird deutlich, was Teubner meinte, wenn er im Zusammenhang mit § 287 Abs. 2 ZPO von einer Verschränkung von Verfahrens- und Sachentscheidung und davon sprach, der Anspruchsinhalt werde vom Ermessen mitgestaltet. Je mehr der Richter von der zugestandenen Freiheit Gebrauch macht, desto größer wird u. U. nämlich auch die Zahl der Möglichkeiten sein, aus denen er die herauszufinden hat, die nach seiner Überzeugung dem tatsächlichen Wert des Streitgegenstandes am nächsten kommt. Auch insoweit wäre jedoch ebenso wie in § 287 ZPO nur zu erwägen, ob sich der Richter hierbei mit einem geringeren Wahrscheinlichkeitsgrad bei der Überzeugungsbildung begnügen darf. Keineswegs wird dadurch die Feststellung der Streitwerthöhe dem Ermessen des Richters überantwortet. Die Möglichkeiten, die sich bei der Streitwertfestsetzung dem Richter u. U. anbieten, beruhen nämlich allein auf dem noch teils ungeklärten Sachverhalt.

Ein Unterschied gegenüber § 287 ZPO besteht darin, daß § 287 ZPO lediglich eine Vorschrift des Beweisrechts und die Rechtsfolge materiellem Recht zu entnehmen ist, während § 3 ZPO eine Rechtsfolgebestimmung darstellt. Da nun bei § 3 ZPO der Ausspruch der Rechtsfolge in der Streitwertfestsetzung besteht, die Höhe des Streitwerts als Tatfrage aber zur richterlichen Überzeugung feststehen muß und damit nur eine bestimmte Streitwerthöhe richtig sein kann, ist aber auf der Rechtsfolgeseite kein Raum mehr für eine Ermessensausübung.

c) Nachprüfbarkeit des "freien Ermessens" in § 3

1. Halbsatz ZPO

Folgt man der hier vertretenen Ansicht, daß es sich auch bei der Festsetzung des Streitwerts um eine Tatsachenfeststellung handelt, um eine Frage der richterlichen Überzeugung, so beantwortet sich die Frage der Überprüfungsmöglichkeit durch das Rechtsmittelgericht eigentlich von selbst. Das für die Beschwerde nach § 25 Abs. 2 GKG bzw. für die sofortige Beschwerde nach § 10 Abs. 3 BRAGebO zuständige Gericht hat nämlich ohne weiteres die Streitwertfestsetzung vollständig zu überprüfen und unter Umständen nach eigener Überzeugung einen anderen Streitwert festzusetzen. Allein aus der - m. E. falschen - Ausgangsposition in Literatur und Rechtsprechung erklärt sich daher der Streit darüber, ob das Beschwerdegericht anstelle des Erstgerichts Ermessen ausüben darf oder ob sich das Gericht auf eine Prüfung des erstgerichtlichen Ermessens auf Ermessensfehler oder -mißbrauch beschränken muß. Tritt man der hier aufgezeigten Meinung bei, dann hat die Auffassung von einer nur beschränkten Überprüfungsmöglichkeit des bei § 3 ZPO auszuübenden Ermessens keine Berechtigung mehr.

2. "Freies Ermessen" nach §§ 108 Abs. 1 Satz 1,
112 Abs. 1 ZPO

Im 6. Titel der ZPO, der sich mit der Sicherheitsleistung befaßt, finden sich zwei Vorschriften, die von einem freien Ermessen des Gerichts sprechen (§ 108 Abs. 1 Satz 1, 112 Abs. 1 ZPO). Nach § 108 Abs. 1 Satz 1 ZPO kann das Gericht in den Fällen der Bestellung einer prozessualen Sicherheit nach freiem Ermessen bestimmen, in welcher Art und Höhe die Sicher-

heit zu leisten ist. § 112 Abs. 1 ZPO überläßt die Festsetzung der Höhe der Sicherheitsleistung dem freien Ermessen des Gerichts, wenn Angehörige fremder Staaten als Kläger auf Verlangen des Beklagten wegen der Prozeßkosten Sicherheit zu leisten haben. § 112 ZPO erfaßt also nur einen Sonderfall des § 108 ZPO, nämlich den Fall, daß ein Ausländer als Kläger auftritt.

a) Rechtsprechung und Literatur

Entsprechend dem Gesetzeswortlaut gehen Literatur und Rechtsprechung, soweit ersichtlich, einheitlich davon aus, daß dem Richter bei diesen Vorschriften freies Ermessen eingeräumt wird ¹³⁾. Stein-Jonas-Leipold ¹⁴⁾ und Thomas-Putzo ¹⁵⁾ verwenden im Zusammenhang mit der Bestimmung der Höhe der Sicherheit auch den Begriff "schätzen". Schon die Verwendung dieses Begriffes legt wieder einen Vergleich mit § 287 ZPO nahe. Bei der weiteren Erörterung soll dabei gesondert geprüft werden, ob dem Richter bei der Festsetzung der Höhe der Sicherheit - also beim "Schätzen" - und ob ihm bei der Bestimmung der Art der Sicherheit Ermessen eingeräumt wird.

13) Stein-Jonas-Leipold, a.a.O., 20. Auflage, § 108 RdNr. 2; Baumbach-Lauterbach-Hartmann, a.a.O., § 108 Anm. 2) A.; KG, JW 1926, 2464; OLG Frankfurt/M., JZ 1954, 34 f.; BGH, NJW 1974, 238.

14) A.a.O., § 112 RdNr. 6.

15) A.a.O., § 112.

b) Normzweck der §§ 108 Abs. 1 Satz 1, 112 Abs. 1 ZPO

Nach dem Normzweck soll es die Sicherheitsleistung dem Gegner ermöglichen, sich wegen der Nachteile schadlos zu halten, die ihm aus einem Tätigwerden der Gegenseite entstanden sind, das sich nachträglich als unberechtigt erwiesen hat. Während nun § 112 Abs. 2 ZPO die Bestimmung der Höhe der Sicherheitsleistung näher regelt, fehlt in § 108 ZPO hierfür ein Anhaltspunkt. Soweit ersichtlich, ist jedoch unstreitig, daß bei der Bemessung davon ausgegangen werden muß, welcher Anspruch gesichert werden soll. Das Gericht hat dabei den in Geld zu veranschlagenden Betrag zugrundelegen, der dem Gegner wahrscheinlich an vermögensrechtlichen Nachteilen entsteht, und zu deren Erstattung die Partei verpflichtet ist, wenn das Urteil, aus dem sie vollstreckt, sich in der höheren Instanz als unrichtig erweist¹⁶⁾. Grundlage für die Bemessung der Sicherheit ist also der Geldbetrag, der dem Gegner wahrscheinlich an vermögensrechtlichen Nachteilen entstehen könnte. Dies macht verständlich, warum man auch in diesen Fällen von "Schätzen" spricht. Der Richter soll nämlich ähnlich wie bei § 3 ZPO unter weitgehender Befreiung von der Notwendigkeit, sich die erforderlichen Unterlagen durch Beweise zu erholen, den Vermögensnachteil schätzen, den der Gegner bei unberechtigtem Gebrauch des Prozeßrechts wahrscheinlich erleidet.

16) Baumbach-Lauterbach-Hartmann, a.a.O., § 108 Anm. 2) A.; Thomas-Putzo, a.a.O., § 108 Anm. 4.;
OLG Frankfurt/M., JZ 1954, 43 f.

- c) "Verschränkung von Verfahrens- und Sachentscheidung" bei der Festsetzung der Sicherheitsleistung

Bei näherer Betrachtung, woran sich diese Schätzung der Höhe des Streitwerts zu orientieren hat, wird deutlich, daß es sich hierbei wie bei § 3 ZPO weitgehend um die Feststellung von Tatsachen, oftmals verbunden mit einer Zukunftsprognose, handelt und damit nicht um Ermessen. So richtet sich z. B. im Falle des § 709 Satz 1 ZPO der festzusetzende Geldbetrag nach dem möglichen Schadensersatzanspruch (§ 717 ZPO), der praktisch im tatsächlichen Wert des (vollstreckbaren) Hauptanspruchs samt Zinsen und Kosten besteht ¹⁷⁾. Die Höhe der Sicherheit hängt also im Grunde nicht wie die Streitwertfestsetzung vom Streitgegenstand ab, sondern von dem zuerkannten Anspruch. Dies ändert aber nichts daran, daß der zuerkannte Hauptanspruch wie der Streitgegenstand hinsichtlich seines objektiven Wertes weitgehend durch den Verkehrswert konkretisiert ist.

M. E. wird deshalb die Festsetzung der Höhe der Sicherheitsleistung meist dann ohne größere Schwierigkeiten möglich sein, wenn diese Festsetzung zusammen mit der Endentscheidung erfolgt (§ 709 ZPO) oder erst später zu treffen ist (z.B. §§ 707, 719 ZPO). In diesen Fällen steht nämlich der zuerkannte Hauptanspruch fest, die angefallenen Gebühren und Auslagen können errechnet werden. Hat nun aber der Richter den Hauptanspruch aufgrund einer Tatsachenwürdigung zuerkannt, so besteht für ihn beim Ausspruch über die Sicherheitsleistung keine Wahl mehr, hiervon abzuweichen. Die Rechtsfolgeentscheidung wird aufgrund der vorangegangenen Tatsachenfeststellung auf eine mögliche Entscheidung beschränkt.

17) Thomas-Putzo, a.a.O., Vorbem. 4. vor § 708.

Fraglich ist, ob dies auch dort gilt, wo der Richter bei der Festsetzung der Sicherheitsleistung eine Prognose hinsichtlich künftig eintretender Ereignisse anstellen muß. Im Hinblick darauf, daß der dem § 108 Abs. 1 ZPO zugrundeliegende Sicherungsgedanke die untere Grenze für die Schätzung setzt, wird z. B. von der Rechtsprechung bei der Festsetzung der Sicherheitsleistung die Frage erörtert, ob auch die Kosten weiterer Instanzen bei der Bemessung der Sicherheitsleistung Berücksichtigung finden müssen. Hier bestehen keine Wahrscheinlichkeitsregeln, ob noch weitere Instanzen zu erwarten sind. In diesem Falle tritt jedoch aufgrund des Sicherungsgedankens eine Bindung des Gerichts ein ¹⁸⁾. Nach dem OLG Frankfurt bedeutet das für den Fall des § 112 ZPO im Konkreten, daß zunächst eine Prüfung hinsichtlich der in 1. Instanz zu erwartenden Kosten erfolgen muß, und zwar, ob - abgesehen vom Streitwert - z. B. eine teure Beweisaufnahme, die Erstellung von Gutachten und die Heranziehung von Sachverständigen zu erwarten ist. Für die Frage, ob es wahrscheinlich ist, daß der Rechtsstreit noch in eine höhere Instanz kommt, sei zunächst auf die konkreten Umstände, wie etwa schwierige Rechtsfragen abzustellen. Soweit sich daraus noch keine Wahrscheinlichkeit für einen weiteren Instanzenzug ergebe, nötige jedoch das Sicherungsbedürfnis, dann noch eine Gerichtsgebühr und zwei Rechtsanwaltsgebühren für eine Berufungsinstanz anzusetzen. Die Sicherheitsleistung^{wolle} nämlich die beklagte Partei vor der Erschwerung, Geld im Ausland eintreiben zu müssen, bewahren. Nach anderer Ansicht

18) OLG Frankfurt/M., JZ 1954, 43; NJW 1952, 1418, 1419.

sollen sogar die Kosten aller möglichen Rechtsmittel zu berücksichtigen sein ¹⁹⁾, wobei die Kosten des Revisionsverfahrens wiederum nur berücksichtigt werden sollen, wenn die Erwachsenheitssumme überstiegen wird.

Ähnlich ist die Lage bei der Sicherheitsleistung nach § 89 ZPO, wenn ein vollmachtloser Vertreter im Prozeß vorläufig zugelassen wird. Die Sicherheitsleistung in diesem Fall erstreckt sich nicht auf den Prozeßgegenstand selbst, sondern nur auf die Kosten und Schäden, die dem Prozeßgegner durch die Zulassung des vollmachtlosen Vertreters entstehen können ²⁰⁾.

In diesen Fällen handelt es sich zwar nicht um eine reine Tatsachenfeststellung. Eine solche liegt nämlich nur dann vor, wenn das Gericht Tatsachen, also konkrete, nach Zeit und Raum bestimmte, der Vergangenheit oder Gegenwart angehörige Geschehnisse oder Zustände der Außenwelt oder des menschlichen Seelenlebens feststellen muß ²¹⁾. Die vom Richter vorzunehmende Prognose hat sich jedoch auf konkrete Anhaltspunkte tatsächlicher Art zu stützen, also auf Tatsachenfeststellungen. So zieht das OLG Frankfurt zu Recht für die Wahrscheinlichkeit eines Rechtsstreits in höherer Instanz als Anhaltspunkt den Umstand heran, ob im Prozeß schwierige Rechtsfragen aufgetreten sind. Ferner werden wohl auch Erklärungen der Parteien selbst unter Umständen einen Schluß zulassen, ob sie im Falle des (teilweisen) Unterliegens den Rechtsstreit vor die nächste Instanz bringen wollen. Ebenso ergeben sich bei der Zulassung eines vollmachtslosen Vertreters Anhaltspunkte aus dem bisherigen Prozeßverlauf, welche Handlungen von diesem zu erwarten sind und wel-

19) Vgl. Wieczorek, ZPO, § 112 Anm. A I a; Baumbach-Lauterbach-Hartmann, a.a.O., § 112 Anm. 1) B.

20) Stein-Jonas-Leipold, a.a.O., § 89 RdNr. 3.

21) BGH, DRiZ 1974, 27.

che Schäden dadurch dem Prozeßgegner erwachsen könnten. Hinzu kommt hierbei noch, daß das Gericht es selbst in der Hand hat, durch die Bestimmung einer Frist, binnen der die Genehmigung des vollmachtlosen Handelns zu erfolgen hat, den Zeitraum, in dem der Vertreter ohne Vollmacht auftritt, überschaubar zu halten.

Muß demnach die richterliche Prognose auf konkreten Tatsachen beruhen, die zur Überzeugung des Richters feststehen, so ist eine Überzeugungsbildung beim Richter auch hinsichtlich der zu erwartenden Ereignisse erforderlich. Gelangt er aufgrund der Würdigung der Gesamtumstände z. B. zu der Überzeugung, der Rechtsstreit werde noch in der 2. Instanz fortgesetzt oder der vollmachtlose Vertreter könne dem Prozeßgegner durch sein Auftreten einen bestimmten Schaden zufügen, so hat er die Sicherheitsleistung auch der Höhe nach entsprechend festzusetzen. Wie bei § 3 ZPO wirkt sich also auch bei §§ 108 Abs. 1 Satz 1, 112 Abs. 1 ZPO die der Rechtsfolgeentscheidung vorausgehende Überzeugungsbildung dahingehend aus, daß ein Ermessen beim Ausspruch über die Höhe der Sicherheitsleistung nicht besteht. Eine Einflußnahme auf das Beurteilungsobjekt ist dem Richter verwehrt.

d) Rechtsfolgeermessen bei der Bestimmung der Art der Sicherheitsleistung

Was die Bestimmung der Art der Sicherheitsleistung anlangt, so ist das nach dem Gesetzeswortlaut freie Ermessen des Richters als Rechtsfolgeermessen anzusehen. Hier wird die Wahl der Sicherheitsleistung nicht durch eine Tatsachenfeststellung derart begrenzt, daß nur

noch eine Entscheidung möglich ist. Allerdings wird man, was später noch zu erörtern ist, zugeben müssen, daß der Sachverhalt nicht ohne jegliche Einflußnahme auf die Wahl der Art der Sicherheitsleistung sein kann.

Auch ist das Gericht bei der Wahl der Sicherheitsleistung nicht an die außerprozessuale Regelung des § 232 BGB gebunden ²²⁾. Außer der Verpfändung der in § 232 BGB genannten Gegenstände kennt der Rechtsverkehr noch weitere Sicherungsarten, wie z. B. Sicherungsübereignungen ²³⁾. Damit läßt das Gesetz gegenüber der subsidiären gesetzlichen Regelung eine Erweiterung (z. B. Sicherheitsleistung mittels nicht mündelsicherer Wertpapiere, Befreiung von den Schranken des § 234 BGB, Sicherheitsleistung durch Bürgschaft), aber auch eine Einschränkung (z. B. Beschränkung auf bestimmte Wertpapiere) zu.

e) Schranken des "freien Ermessens" bei der Bestimmung der Art der Sicherheitsleistung

Die weitere Frage ist dann, ob es sich dabei um freies Ermessen handelt. Daß nicht eine schrankenlose Freiheit gewährt wird, ergibt sich schon aus § 108 Abs. 2 ZPO, der zwingende Regeln für die Hinterlegung von Wertpapieren sowie ein Auswechselrecht gibt. Von dieser Bestimmung kann das Gericht nicht abweichen ²⁴⁾.

22) Baumbach-Lauterbach-Hartmann, a.a.O., § 108 Anm. 2) B.

23) Vgl. Wieczorek, a.a.O., § 108 Anm. B III a.

24) Vgl. Wieczorek, a.a.O., § 108 Anm. B III b.

Fraglich ist, ob eine weitere Beschränkung durch eine besondere Vereinbarung der Parteien möglich ist. Der Wortlaut des § 108 Abs. 1 Satz 2 ZPO, der die Parteivereinbarung erst nach der Anordnung durch das Gericht nennt, könnte darauf schließen lassen, daß die Vereinbarung der Parteien über die Art der Sicherheitsleistung der gerichtlichen Anordnung nachgeht. Damit würde aber wohl dem Sinn der Sicherheitsleistung nicht genügend Rechnung getragen. Die diese regelnden Vorschriften dienen nur dem Schutz der Parteien. Ist sich der Sicherungsberechtigte aber mit dem Gegner über die Art der Sicherheitsleistung einig, so besteht grundsätzlich kein Bedürfnis für eine abweichende Regelung durch das Gericht. Das Gericht sollte sich an diese Vereinbarung halten ²⁵⁾, da diese auch eine bereits getroffene gerichtliche Anordnung nachträglich abzuändern vermag ²⁶⁾.

Weiterhin ist davon auszugehen, daß bei der Bestimmung der Art der Sicherheitsleistung - abgesehen von § 108 Abs. 2 ZPO und dem Vorliegen einer Parteivereinbarung - nur solche Maßnahmen unzulässig sind, die zur Erreichung des verfolgten Zwecks schlechthin untauglich sind ²⁷⁾. Dieser Zweck verlangt aber, daß die Sicherheit dem Berechtigten eine Befriedigung ermöglichen muß ²⁸⁾. Arten der Sicherheitsleistung, mit denen dem Sicherungsgedanken nicht Genüge getan ist, dürfen deshalb nicht angeordnet werden. So ge-

25) Wieczorek, a.a.O., § 118 Anm. B III c.

26) Wieczorek, a.a.O.; Baumbach-Lauterbach-Hartmann, a.a.O., § 108 Anm. 1.

27) Reichel, Urteilsanmerkung, ZZP 50, 209 f.

28) Stein-Jonas-Leipold, a.a.O., § 108 RdNr. 3.

nügt z. B. die Hinterlegung von Hypothekenbriefen nicht dem Sicherungsbedürfnis. Hypothekenbriefe sind keine Wertpapiere, ein selbständiges Pfandrecht an ihnen kann nicht begründet werden. Auch setzt die Verpfändung der zu ihnen gehörenden Forderung eine schriftliche Verpfändungserklärung und deren Annahme voraus (§§ 1274, 1154 BGB). Die Hinterlegung von Hypothekenbriefen könnte somit höchstens ein Zurückbehaltungsrecht bewirken ²⁹⁾. Die Anordnung über die Art der Sicherheitsleistung muß ferner so eindeutig bestimmt sein, daß es den Vollstreckungsorganen ohne weiteres möglich ist, zu erkennen, ob die erbrachte Sicherheit der gerichtlichen Bestimmung entspricht. Dies soll nach dem OLG Frankfurt/M. ³⁰⁾ schon dann nicht der Fall sein, wenn die Bürgschaft einer namentlich nicht genannten "Großbank" als Sicherheit zugelassen wird. Des weiteren muß z. B. eine Bürgschaftserklärung unbedingt erklärt werden ³¹⁾. Wenn vielfach die Bürgschaft einer angesehenen Bank allen anderen Sicherungsmitteln vorgezogen wird ³²⁾, so bedeutet dies noch keine Einschränkung der Entscheidungsfreiheit des Gerichts. Soweit allerdings bei der Anordnung der Sicherheitsleistung durch Bürgen nichts anderes bestimmt ist, wird § 239 BGB Anwendung finden. Unabhängig ist das Gericht auch insofern, als es eines Antrags nicht bedarf, es kann also auch von Amts wegen über die Art der Sicherheit bestimmen. Die An-

29) OLG Hamburg, ZZP 50, 208.

30) OLGZ 66, 304, 305.

31) OLG Bamberg, NJW 1975, 1664.

32) Baumbach-Lauterbach-Hartmann, a.a.O., § 108
Anm. 2) B.

ordnung der Sicherheitsleistung bedarf hingegen z. B. in den Fällen der §§ 110 f., 713, 925, 927 ZPO eines Antrags.

Das Ermessen des Richters bei der Bestimmung der Art der Sicherheitsleistung wird somit außer durch eine etwaige Parteivereinbarung und zwingende gesetzliche Bestimmungen durch Sinn und Zweck der Sicherheitsleistung eingeschränkt. Nur eine solche Art der Sicherheit darf vom Gericht angeordnet werden, die eine Befriedigung des Berechtigten uneingeschränkt ermöglicht. Inwieweit nun diese Schranken für das Ermessen im Rechtsmittelverfahren von Bedeutung sind, wird im folgenden Abschnitt zu beantworten sein.

f) Nachprüfbarkeit des "freien Ermessens" bei der Bestimmung der Art der Sicherheitsleistung

Die Rechtsbehelfe gegen Entscheidungen über die Art der Sicherheitsleistung sind unterschiedlicher Art. Ist die Anordnung mit der Entscheidung in der Hauptsache ergangen, so steht hiergegen der Rechtsbehelf zur Verfügung, der auch gegen die Hauptsacheentscheidung zulässig ist ³³⁾. Kommt es zu einem Beschluß, mit dem die Hauptsacheentscheidung hinsichtlich der Art der Sicherheitsleistung ergänzt oder abgeändert wird, so steht dem Antragsgegner hiergegen eine Beschwerde nicht zu. Auch die Möglichkeit einer sofortigen Beschwerde nach § 793 ZPO ist ausgeschlossen, da es sich nicht um eine Maßnahme der Zwangsvollstreck-

33) Stein-Jonas-Leipold, a.a.O., § 108 RdNr. 7;
Baumbach-Lauterbach-Hartmann, a.a.O., § 108 Anm. 5;
Thomas-Putzo, a.a.O., § 108 Anm. 7. a).

kung, sondern nur um eine diese lediglich vorbereitende handelt ³⁴⁾. Der Gegner hat jedoch die Möglichkeit, beim Gericht die Abänderung der Anordnung zu beantragen ³⁵⁾. Wird dieser Antrag zurückgewiesen, steht ihm hiergegen die einfache Beschwerde nach § 567 Abs. 1 ZPO zu. Bei völliger und teilweiser Zurückweisung seines Antrags auf nachträgliche Entscheidung hinsichtlich der Art der Sicherheitsleistung hat der Antragsteller die Möglichkeit der einfachen Beschwerde nach § 567 Abs. 1 ZPO ³⁶⁾.

Die Frage, in welchem Umfang bei diesen Rechtsbehelfen die Ermessensentscheidung des Gerichts über die Art der Sicherheitsleistung überprüft werden kann, ist offenbar in der Rechtsprechung kaum streitig. In einem Beschwerdeverfahren scheint dem Kammergericht eine Entscheidung eines Landgerichts vorgelegen zu haben, worin die Beschwerde als unzulässig verworfen wurde mit der Begründung, daß die Bestimmung der Art der Sicherheit dem freien Ermessen des Prozeßgerichts unterliege und deshalb keine Nachprüfung statfinde ³⁷⁾. Das Kammergericht ist dieser Meinung nicht gefolgt. Seiner Ansicht nach könne allerdings mit einem Rechtsmittel, das nur auf die Verletzung des Gesetzes gestützt werden dürfe, die Anwendung des freien Ermessens nicht zur Nachprüfung gestellt werden, da durch sie das Gesetz nie verletzt werden könne. Die Beschwerde sei jedoch kein solches Rechtsmittel. Sie

34) OLG München, MDR 1969, 581; Stein-Jonas-Leipold, a.a.O.; Baumbach-Lauterbach-Hartmann, a.a.O.; Thomas-Putzo, a.a.O., § 108 Anm. 7. b); aA) KG, ZZP 53, 442; OLG Frankfurt/M., MDR 1975, 323.

35) OLG Frankfurt/M., MDR 1956, 617.

36) KG, JW 1926, 2464; OLG Nürnberg, RPflG 1959, 65; Stein-Jonas-Leipold, a.a.O.; Baumbach-Lauterbach-Hartmann, a.a.O.; Thomas-Putzo, a.a.O., § 108 Anm. 7.c); aA) Wieczorek, a.a.O., § 108 Anm. B II b 2, der dem Antragsteller das Beschwerderecht nicht zugestehen will, da kein Recht auf Abänderung bestehe.

37) KG, JW 1926, 2464.

führe vielmehr zur Nachprüfung des gesamten Sachverhalts nach seiner tatsächlichen und rechtlichen Seite. Das freie Ermessen des Beschwerdegerichts trete nunmehr an die Stelle des freien Ermessens des Vorderrichters. Diese Auffassung hat sich auch das OLG Nürnberg zu eigen gemacht ³⁸⁾.

Da sich in der ZPO keine Vorschriften finden, die regeln, inwieweit richterliches Ermessen durch Obergerichte nachprüfbar ist, aber auch wie im Verwaltungsrecht kein notwendiger Zusammenhang zwischen Ermessen und dessen Nachprüfbarkeit ersichtlich ist, ist die Frage der Nachprüfbarkeit richterlichen Ermessens allein an Hand der allgemeinen Grundsätze für die Berufung und Revision sowie für die Beschwerde zu beantworten. Eine volle Nachprüfung des Ermessens des Erstgerichts durch das Beschwerde- oder Berufungsgericht ist dabei aus zwei Gründen gerechtfertigt. Im Beschwerdeverfahren sieht § 570 ZPO vor, daß hier neue Tatsachen und Beweise uneingeschränkt vorgebracht werden können. Im Berufungsverfahren schränkt zwar § 528 ZPO das Vorbringen neuer Tatsachen ein, um die Prozeßförderungspflicht in 1. Instanz nicht zu entwerten, schließt dieses aber nicht generell aus. Die Berücksichtigung neuen Vorbringens bedingt aber dann, daß das vom Erstgericht ausgeübte Ermessen in vollem Umfang nachgeprüft wird ³⁹⁾ und unter Umständen durch eine eigene Ermessensentscheidung ersetzt wird. Die andere Ansicht würde dazu führen, daß bei der Nachprüfung unterschieden werden müßte, ob das Erstgericht

38) MDR 1961, 61, 62.

39) Stein-Jonas-Grunsky, a.a.O., § 525 RdNr. 4, § 570 RdNr. 1.

aufgrund des ihm bei seiner Entscheidung vorliegenden Sachverhalts die Grenzen seines Ermessens eingehalten und ob aufgrund neuer Tatsachen, die zulässigerweise erst jetzt vorgetragen wurden, eine andere Ermessensentscheidung getroffen werden muß.

Zudem beruht der Umstand, daß dem Berufungs- bzw. Beschwerdegericht eigenes Ermessen eingeräumt wird, m. E. auch auf dem Verständnis des Berufungsrechts und entsprechend des Beschwerderechts. Nach den Materialien soll, wie bereits ausgeführt, das Berufungsrecht nicht nur ein Recht auf Kritik des Verfahrens 1. Instanz oder Nachprüfung und Berichtigung des unterrichterlichen Urteils unter dem Gesichtspunkt geben, ob gerecht geurteilt wurde, sondern ein Recht auf Gewährung eines neuen Judiziums, auf Erneuerung und Wiederholung des alten Rechtsstreits vor einem anderen Richter ⁴⁰⁾. Folgerichtig muß aber dann auch das Berufungs- bzw. Beschwerdegericht an die Stelle des Erstgerichts bei der Ausübung des Ermessens treten.

Anderes muß für die Revisionsinstanz gelten. § 550 ZPO setzt nämlich voraus, daß das Untergericht einen Rechtssatz nicht angewandt hat, den anzuwenden es verpflichtet war, wenn die Revision begründet sein soll ^{40a)}. Auf Grund der Wahlmöglichkeit, die dem Gericht durch eine Ermessensvorschrift eingeräumt wird, kann deshalb bei einer Ermessensentscheidung eine Gesetzesverletzung erst vorliegen, wenn das Gericht die gesetzlichen Voraussetzungen seines Ermessens und dessen Grenzen verkannt hat.

40) Hahn, Die gesamten Materialien, I, § 12, S. 139, § 478, S. 358; vgl. auch A. Blomeyer, Zivilprozeßrecht, S. 552.

40a) Stein-Jonas-Grunsky, a.a.O., § 549 RdNr. 8.

g) Ermessen bei der Anordnung der Sicherheitsleistung selbst

Von der Bestimmung der Höhe und der Art der Sicherheit nach freiem Ermessen ist die Anordnung der Sicherheitsleistung selbst zu unterscheiden. Nach dem Wortlaut der Vorschrift "kann" könnte insoweit ein Ermessen in Betracht kommen. § 108 Abs. 1 ZPO, der als allgemeine Vorschrift zu den Fällen zu verstehen ist, in denen eine prozessuale Sicherheitsleistung anzuordnen ist, ist jedoch insofern ungenau ⁴¹⁾. In den Fällen, in denen eine Sicherheitsleistung zu erbringen ist, muß das Gericht diese nämlich anordnen, es sei denn, die Einzelvorschriften lassen ihm auch darüber freie Hand ⁴²⁾.

3. "Freies Ermessen" nach § 454 Abs. 1 ZPO

Der Begriff freies Ermessen findet sich ferner unter den für den Beweis durch Parteivernehmung maßgebenden Titeln der ZPO, und zwar in § 454 Abs. 1 ZPO. Danach entscheidet das Gericht unter Berücksichtigung aller Umstände, insbesondere auch etwaiger von der Partei für ihr Ausbleiben angegebener Gründe, nach freiem Ermessen, ob die Aussage als verweigert gilt, wenn die Partei in dem zu ihrer Vernehmung oder Beidigung bestimmten Termin ausbleibt.

a) Literatur

Betrachtet man die Literaturmeinungen zu § 454 Abs. 1 ZPO, so fällt auf, daß vielfach von "freier Beweiswürdigung" ⁴³⁾ und "Würdigung" des Parteiverhaltens ⁴⁴⁾

41) Baumbach-Lauterbach-Hartmann, a.a.O., § 108 Anm. 2) A.

42) RG, JW 1901, 537; Wieczorek, a.a.O., § 108 Anm. B.

43) Rosenberg-Schwab, a.a.O., S. 686.

44) Baumbach-Lauterbach-Hartmann, a.a.O., § 454 Anm. 1) B.; Stein-Jonas-Schumann-Leipold, a.a.O., 19. Auflage, § 454 Anm. III. 1.

die Rede ist. Zugleich wird auch wieder zurückgegriffen auf den vom Gesetz gebrauchten Begriff des "freien Ermessens" ⁴⁵⁾. Rudolf Bruns prägt sogar den Begriff des "Beweiswürdigungsermessens" ⁴⁶⁾.

b) Sinn der Vorschrift

Nach früherem Recht galt im Falle des Ausbleibens einer Partei im Termin eine Beweisregel. Die jetzige Regelung, die die Entscheidung, ob die Aussage als verweigert anzusehen ist, dem freien Ermessen des Richters unterstellt, betrifft die Beurteilung tatsächlichen Verhaltens. Kann aus dem Nichterscheinen ein Schluß gezogen werden auf den Willen, nicht als Partei auszusagen?

Allerdings soll nach dem Sinn der Vorschrift zunächst nur vorläufig eine Würdigung im Hinblick darauf erfolgen, ob vom Gericht ein neuer Verhandlungstermin bestimmt werden soll oder zur Hauptsache entschieden werden kann ⁴⁷⁾. Der Entscheidung über Terminverlegung oder Entscheidung zur Hauptsache geht nämlich die Feststellung voraus, ob das Fernbleiben der Partei zur Überzeugung des Gerichts als Aussageverweigerung anzusehen ist oder nicht. Aus der zur Überzeugung des Gerichts feststehenden Aussageverweigerung sind dann Konsequenzen für die Sachverhaltsfeststellung im zu entscheidenden Rechtsstreit zu ziehen. Auch für diesen Fall besteht keine Beweisregel, vielmehr muß auch hier anhand der (fiktiven) Aussageverweigerung entschieden werden, ob eine behauptete Tatsache als erwiesen angesehen werden soll (§§ 453 Abs. 2, 446 ZPO). Die Würdigung in § 454 Abs. 1 ZPO enthält

45) Stein-Jonas-Schumann-Leipold, a.a.O.; Rosenberg-Schwab, a.a.O., S. 692.

46) ZivilprozeßBrecht, RdNr. 200 a, S. 316.

47) Stein-Jonas-Schumann-Leipold, a.a.O., § 454 Anm. III. 2.

nicht den Ausspruch einer Rechtsfolge und demgemäß auch keine Wahlmöglichkeit im Sinne eines Rechtsfolgeermessens.

c) Tatsachenwürdigung bei § 454 Abs. 1 ZPO

Die Würdigung ähnelt hier wie bei der Festsetzung des Streitwerts nach § 3 ZPO und der Höhe der zu leistenden Sicherheit nach §§ 108 Abs. 1 Satz 1, 112 Abs. 1 ZPO der Beweiswürdigung nach § 286 ZPO. Während die Literatur zu § 454 Abs. 1 ZPO, wie unter Abschnitt VII 3. a) bereits ausgeführt, nicht klar unterscheidet, ob es sich hier um freie Beweiswürdigung oder Ermessen handelt, spricht die Literatur ⁴⁸⁾ bei § 141 Abs. 3 ZPO eindeutig von einer freien Beweiswürdigung nach § 286 ZPO für den Fall, daß eine Partei im Termin ausbleibt. Das Gericht hat hier, obwohl dies aus dem Gesetzeswortlaut nicht hervorgeht, neben der Festsetzung eines Ordnungsgeldes die Möglichkeit, aus dem Ausbleiben einer Partei, deren persönliches Erscheinen angeordnet ist, Schlüsse zu ziehen. Auch wenn § 141 ZPO nur der Aufklärung des Sachverhalts und nicht wie § 454 ZPO der Beweisaufnahme dient ⁴⁹⁾, so ändert dies nichts daran, daß die Beurteilung des Ausbleibens einer Partei durch das Gericht in beiden Fällen eine Tatsachenwürdigung ist, so daß bei § 454 Abs. 1 ZPO ebensowenig wie bei § 141 Abs. 3 ZPO von einer Ausübung freien Ermessens die Rede sein kann.

48) Stein-Jonas-Pohle, a.a.O., § 141 Anm. V. 2.; Baumbach-Lauterbach-Hartmann, a.a.O., § 141 Anm. 4) A; Thomas-Putzo, a.a.O., § 141 Anm. 5.; Schneider, Anordnen des persönlichen Erscheinens einer Partei und Säumnisstrafe, MDR 1975, 186.

49) Stein-Jonas-Pohle, a.a.O., § 141 Anm. I.; Baumbach-Lauterbach-Hartmann, a.a.O., § 141 Anm. 2) B.; Thomas-Putzo, a.a.O., § 141 Anm. 1. a), Vorbem. 1. vor § 445.

Der Erkenntnisakt muß grundsätzlich den gleichen Beschränkungen unterliegen wie die freie Beweiswürdigung. Freier erscheint er gegenüber der freien Beweiswürdigung insofern, als das Gericht nur zu würdigen hat, ob eine Aussageverweigerung anzunehmen ist. Einer Überprüfung zugänglich ist die Würdigung des Ausbleibens als Aussageverweigerung erst, wenn zur Hauptsache verhandelt wird und dann aus der Aussageverweigerung für die Sachverhaltswürdigung Schlüsse gezogen werden (§§ 453 Abs. 2, 446 ZPO). Hierbei ist jedoch zu berücksichtigen, daß das Gericht bei der Entscheidung zur Hauptsache ohne Bindung an die vorangegangene Annahme einer Aussageverweigerung eine endgültige Würdigung des Ausbleibens als Weigerung treffen muß. Bestätigt das Gericht gleichsam seine vorläufige Würdigung, so führt die Überprüfung der Beweiswürdigung und insbesondere der aus dem Ausbleiben gezogenen Schlüsse durch das Obergericht dazu, daß indirekt auch die Entscheidung nach § 454 Abs. 1 ZPO überprüft wird. Besondere Schranken für die Würdigung des Parteiverhaltens neben denen, die für jede Beweiswürdigung bestehen, ergeben sich hierbei nicht.

d) Nachprüfbarkeit

Ein Bedürfnis für eine gesonderte Überprüfung der Würdigung des Ausbleibens einer Partei als Aussageverweigerung nach § 454 Abs. 1 ZPO besteht nicht. Schließt sich nämlich das Gericht bei der Hauptsacheentscheidung der Würdigung nach § 454 Abs. 1 ZPO an, so ist bereits damit eine Nachprüfung dieser die Entscheidung beeinflussenden Würdigung gewährleistet. Folgt das Gericht der vorläufigen Würdigung jedoch nicht, so ist damit eine Beschwer für den Ausblei-

benden entfallen, zumindest muß das Gericht etwaige Nachteile, die sich für den Ausbleibenden ergeben haben (z. B. rechtliches Gehör), beseitigen.

4. "Freies Ermessen" nach § 510 b 2. Halbsatz ZPO

a) Sinn der Vorschrift

Dem Zweck der Verfahrensbeschleunigung dient § 510 b 2. Halbsatz ZPO. Der Kläger kann in amts- und arbeitsgerichtlichen (§ 61 Abs. 4 Satz 1 ArbGG) Verfahren mit einem Antrag auf Vornahme einer Handlung den Antrag verbinden, den Beklagten für den Fall, daß er diese Handlung nicht binnen einer bestimmten Frist vornimmt, zur Zahlung einer Entschädigung zu verurteilen. Die bei Nichterfüllung erforderliche Klage auf Schadensersatz, die ansonsten nur unter den Voraussetzungen des § 259 ZPO mit der Klage auf Vornahme einer Handlung verbunden werden kann, kann bei § 510 b ZPO mit dieser Klage zum Zwecke der Verfahrensbeschleunigung verbunden werden ⁵⁰⁾.

Während §§ 3, 108, 112 ZPO nicht nur der leichteren Tatsachenfeststellung dienen, sondern verfahrensrechtliche Rechtsfolgevorschriften enthalten, gibt § 510 b ZPO als reine Verfahrensvorschrift nicht das Recht, eine Entschädigung zuzusprechen, die nach materiellem Recht nicht vorgesehen ist ⁵¹⁾. Der Richter hat also zu prüfen, ob dem Kläger im Falle der Nichterfüllung des ersten Anspruchs ein Anspruch auf Scha-

50) Thomas-Putzo, a.a.O., § 510 b Anm. 1.; Stein-Jonas-Schumann-Leipold, a.a.O., 19. Auflage, § 510 b. Anm. I.

51) Stein-Jonas-Schumann-Leipold, a.a.O., § 510 b Anm. I.; Baumbach-Lauterbach-Hartmann, a.a.O., § 510 b Anm. 2) B.; Thomas-Putzo, a.a.O., § 510 b Anm. 2. c).

densersatz nach materiellem Recht zusteht ⁵²⁾, z. B. §§ 283, 325 Abs. 2, 634, 651 BGB.

b) Tatsachenfeststellung bei § 510 b 2. Halbsatz ZPO

Ist somit bei § 510 b 2. Halbsatz ZPO die Frage, ob überhaupt ein Anspruch auf Entschädigung besteht, auf Grund materiellen Rechts zu beantworten, so will § 510 b 2. Halbsatz ZPO nur die oftmals erforderliche, umfangreiche Beweisaufnahme ersparen helfen. Damit verfolgt er aber dieselbe Intention wie § 287 Abs. 1 Satz 1 ZPO. Dementsprechend verweist auch die Kommentarliteratur darauf, daß bei der Festsetzung der Entschädigung die Grundsätze des § 287 ZPO anzuwenden sind ⁵³⁾. Ein Unterschied zu § 287 Abs. 1 Satz 1 ZPO besteht insoweit, als bei § 510 b 2. Halbsatz ZPO ein Schadensereignis noch nicht eingetreten ist, sondern nur der voraussehbare Schaden im Falle einer Nichterfüllung des ersten Anspruchs zu schätzen ist. Wie bereits bei §§ 108, 112 ZPO ausgeführt, hindert der Umstand, daß die Höhe eines künftigen Schadens zu ermitteln ist, nicht daran, dennoch die Festsetzung der Höhe der Entschädigung in Anlehnung an § 287 Abs. 1 Satz 1 ZPO vorzunehmen.

52) Stein-Jonas-Schumann-Leipold, a.a.O.

53) Stein-Jonas-Schumann-Leipold, a.a.O., § 510 b Anm. IV 5.; Baumbach-Lauterbach-Hartmann, a.a.O., § 510 b Anm. 3) B.; Thomas-Putzo, a.a.O., § 510 b Anm. 3. d).

Damit erübrigt sich ein weiteres Eingehen auf die Art und Nachprüfbarkeit der Entscheidung nach § 510 b 2. Halbsatz ZPO, da insoweit auf die Ausführungen zu § 287 ZPO verwiesen werden kann. § 510 b 2. Halbsatz ZPO ist entgegen seinem Wortlaut kein Fall eines richterlichen Ermessens, sondern einer richterlichen Tatsachenwürdigung. Der Richter kann nur von einer bestimmten Schadenshöhe überzeugt sein. Dabei wird man allerdings nicht verlangen können, daß diese auf Heller und Pfennig den Tatsachen entspricht, man wird sich vielmehr mit einem möglichst genauen Annäherungswert zufrieden geben müssen.

5. "Freies Ermessen" nach § 850 f Abs. 3 Satz 1 ZPO

a) Sinn der Vorschrift

Die §§ 850 a - i ZPO beschränken die Pfändung von Arbeitseinkommen, die nach § 829 ZPO durchzuführen ist. § 850 c ZPO gibt die unpfändbaren Grundbeträge von Arbeitseinkommen unter Berücksichtigung der gesetzlichen Unterhaltspflichten des Schuldners sowie die unpfändbaren Teile höherer Arbeitseinkommen an ⁵⁴⁾. Er bestimmt also den Teil des Arbeitseinkommens, der bei einer Pfändung wegen gewöhnlicher Geldforderungen dem Zugriff des Gläubigers nicht unterliegt. Solche grundsätzlich festen Pfändungsgrenzen festzulegen, ist aus Gründen der Rechtssicherheit und der Vereinfachung des Lohnpfändungsverfahrens erforderlich ⁵⁵⁾. Führen die Bestimmungen des § 850 c ZPO im Einzelfall nicht zu einer befriedigenden Lösung, so gibt § 850 f ZPO die

54) Baumbach-Lauterbach-Hartmann, a.a.O., § 850 c Anm. 1).

55) Boewer, Die Lohnpfändung in der betrieblichen Praxis, S. 279.

Möglichkeit zu einer den besonderen Verhältnissen angepassten Einzelregelung. Mit Hilfe des § 850 f ZPO können Härten bei einer schutzwürdigen individuellen Lage des Schuldners oder Gläubigers vermieden werden. ⁵⁶⁾

Während nun § 850 f Abs. 1 ZPO die Möglichkeit bietet, den unpfändbaren Betrag nach § 850 c ZPO bei besonderen Bedürfnissen des Schuldners aus persönlichen oder beruflichen Gründen oder bei einem besonderen Umfang der Unterhaltspflichten zu erhöhen, stellen § 850 f Abs. 2 und Abs. 3 ZPO Schutzvorschriften für den Gläubiger dar. § 850 f Abs. 1 ZPO weitert also in Form einer sogenannten Härteklausel den Pfändungsschutz aus, während Abs. 2 und Abs. 3 des § 850 f ZPO diesen einengen. ⁵⁷⁾ Nach § 850 f Abs. 2 ZPO kann bei einer Pfändung wegen einer vorsätzlich begangenen unerlaubten Handlung der Pfändungszugriff in weiterem Maße, d. h. ohne Rücksicht auf die Pfändungsbeschränkungen des § 850 c ZPO zugelassen werden. ⁵⁸⁾ Handelt es sich nicht um solche Ansprüche aus unerlaubter Handlung und nicht um Unterhaltsforderungen nach § 850 d ZPO, so kann das Vollstreckungsgericht nach der hier interessierenden Vorschrift des § 850 f Abs. 3 Satz 1 ZPO einen erweiterten Pfändungszugriff in das monatlich 1950,-- DM (wöchentlich 450,-- DM, täglich 90,-- DM) übersteigende Arbeitseinkommen anordnen. Sinn und Zweck der Regelung beruhen dabei darauf, daß bei hohem Einkommen eine schematische Berechnung des Schutzzumfangs nach § 850 c ZPO zu unbilligen Ergebnissen führen kann ⁵⁹⁾.

56) Boewer, a.a.O.

57) Boewer, a.a.O.

58) Stöber, Forderungspfändung, S. 384 f.

59) Stöber, a.a.O., S. 389; Stein-Jonas-Münzberg, a.a.O., 19. Auflage, § 850 f Anm. I. 2.

b) Literatur

Weitgehend geht die Literatur zu § 850 f Abs. 3 Satz 1 ZPO davon aus, daß die hier ergehende Entscheidung nach freiem Ermessen unter Beachtung der Gläubiger- und Schuldnerinteressen zu treffen ist ⁶⁰⁾. Berner ⁶¹⁾ und ihm folgend Danzer ⁶²⁾ sind allerdings hinsichtlich § 850 f Abs. 2 ZPO der Ansicht, das Gericht habe trotz der elastischen Form des § 850 f Abs. 2 ZPO bei Vorliegen der Voraussetzungen entsprechend zu verfahren, freies Ermessen werde nicht eingeräumt. Sie stützen sich dabei auf die Begründung des Gesetzentwurfs, wonach von vorneherein die Absicht bestanden habe, den dort genannten Forderungen eine ähnliche Vorzugsstellung einzuräumen, wie sie in § 850 d ZPO für Unterhaltsansprüche bestimmt sei. Dem ist jedoch entgegenzuhalten, daß § 850 f ZPO gerade ermöglichen soll, von der starren Regelung des § 850 c ZPO abzuweichen, um hinsichtlich des Ausmaßes der Pfändung den Gegebenheiten des Einzelfalles gerecht werden zu können. Auch wenn § 850 d ZPO als Vorbild für § 850 f ZPO gedient hat, so ergeben der Wortlaut des § 850 f ZPO sowie seine Einordnung in das Gesetz, daß der erweiterte Pfändungszugriff nach § 850 f Abs. 2 ZPO nicht bereits bei Vorliegen der objektiven Voraussetzungen möglich ist, sondern erst, wenn

60) Boewer, a.a.O.; Stöber, a.a.O.; Stein-Jonas-Münzberg, a.a.O.; Baumbach-Lauterbach-Hartmann, a.a.O., § 850 f Anm. 3) B.

61) Die Novelle zum Pfändungsschutz für Arbeitseinkommen, RPfl 1959, 77, 79.

62) Das Gesetz über die Änderung der Pfändungsfreigrenzen, MDR 1960, 549, 552.

dies im Einzelfall unter Berücksichtigung der widerstreitenden Interessen angemessen erscheint ⁶³⁾. Wie bei § 850 f Abs. 2 ZPO, bei dem bei der Bestimmung des pfändbaren Betrages, z. B. der Unrechtsgehalt der unerlaubten Handlung, die Vorteile des Schuldners, die Schwere der Verletzung des Gläubigers bzw. seiner Rechte und die beiderseitige wirtschaftliche Lage der Beteiligten zu berücksichtigen sind ⁶⁴⁾, so bedarf es bei § 850 f Abs. 3 ZPO in ähnlicher Weise einer Abwägung der Belange des Gläubigers und Schuldners. Bei der Vielzahl der die Entscheidung beeinflussenden Interessen und deren Komplexität ist deshalb wie bei § 850 f Abs. 2 ZPO davon auszugehen, daß sich dem Richter mehrere Möglichkeiten der Entscheidung anbieten, von denen er eine auswählen muß.

c) Schranken des "freien Ermessens"

Wie schon der Gesetzeswortlaut ("Belange des Gläubigers und Schuldners") ahnen läßt, wird dem Gericht bei seiner Entscheidung von der Literatur ein recht weiter Ermessensbereich eingeräumt. Eine formelle Schranke besteht für die Entscheidung nach § 850 f Abs. 3 Satz 1 ZPO insofern, als sie einen Antrag des Gläubigers voraussetzt und es einer Anhörung des Schuldners bedarf ⁶⁵⁾. Zudem muß dem Schuldner nach § 850 f Abs. 3 Satz 2 ZPO soviel belassen werden, wie sich bei einem Arbeitseinkommen von monatlich 1950 DM (wöchentlich 450 DM, täglich 90 DM) aus § 850 c ZPO ergibt.

63) Stöber, a.a.O., S. 387 Anm. 9.

64) LG Essen, RPfl 1971, 325.

65) Boewer, a.a.O.

Bezüglich der berücksichtigungsfähigen Interessen des Gläubigers bzw. des Schuldners verweisen die Kommentare im wesentlichen auf ihre Ausführungen zu § 850 f Abs. 1 bzw. Abs. 2 ZPO, die sinngemäß auch für § 850 f Abs. 3 ZPO gelten sollen. Das bedeutet, daß auf der Gläubigerseite die persönlichen Belange des Gläubigers (wie z. B. Gebrechlichkeit), eigene Unterhaltspflichten und eine besondere Notlage desselben gleichberechtigt den Schuldnerinteressen gegenüberstehen ⁶⁶⁾. Beim Schuldner sind dessen besondere Bedürfnisse aus persönlichen oder beruflichen Gründen zu beachten ⁶⁷⁾. Darunter fallen als persönliche Gründe z. B. Krankheit ⁶⁸⁾ und als berufliche z. B. besondere Ausgaben anlässlich einer Umschulung. Ferner kommen zugunsten des Schuldners besonders umfangreiche gesetzliche Unterhaltspflichten in Betracht ⁶⁹⁾. Unanwendbar ist

66) Stein-Jonas-Münzberg, a.a.O., § 850 f Anm. I A. 2. b); Baumbach-Lauterbach-Hartmann, a.a.O., § 850 f Anm. 2) C.; Wieczorek, a.a.O., § 850 f Anm. A II.

67) Stein-Jonas-Münzberg, a.a.O., § 850 f Anm. I A. 1. a); Baumbach-Lauterbach-Hartmann, a.a.O., § 850 f Anm. 2) A.; Wieczorek, a.a.O., § 850 f Anm. B I.

68) LG Köln, JurBüro 1966, 254.

69) Stein-Jonas-Münzberg, a.a.O., § 850 f Anm. I. A. 1. a), b); Baumbach-Lauterbach-Hartmann, a.a.O., § 850 f Anm. 2) A., B., C., Wieczorek, a.a.O., § 850 f Anm. B II.

§ 850 f Abs. 3 ZPO bei Unterhaltsforderungen (§ 850 d ZPO) und Forderungen aus vorsätzlich begangener unerlaubter Handlung. Diese sind nämlich schon von Gesetzes wegen begünstigt ⁷⁰⁾. Daß Unterhaltsberechtigte nicht benachteiligt werden dürfen, ergibt zudem ein Vergleich von Abs. 2 und Abs. 3 des § 850 f ZPO ⁷¹⁾.

d) Nachprüfbarkeit des "freien Ermessens"

Gegen den Beschluß des für die Entscheidung zuständigen Rechtspflegers (§ 20 Nr. 17 RPflG) steht dem Gläubiger die befristete Erinnerung zu (§ 11 Abs. 1 Satz 2 RPflG). Hilft der Richter nicht ab, so gilt die Erinnerung als sofortige Beschwerde gegen die Entscheidung des Rechtspflegers (sog. Durchgriffserinnerung) (§ 11 Abs. 1 Satz 2 RPflG, § 793 ZPO). Der Schuldner hingegen hat bei erfolgter Anhörung ebenfalls die Möglichkeit der befristeten Erinnerung, andernfalls die unbefristete Erinnerung nach § 766 ZPO ⁷²⁾.

Die Überprüfung durch den Richter bei einer Entscheidung des Rechtspflegers bzw. durch das für die Erinnerung nach § 766 ZPO bzw. die sofortige Beschwerde nach § 793 ZPO zuständige Gericht führt zu einer vollen Überprüfung des Ermessens. Dies ergibt sich für die sofor-

70) Baumbach-Lauterbach-Hartmann, a.a.O., § 850 f Anm. 3) B.

71) Stein-Jonas-Münzberg, a.a.O., § 850 f Anm. I B. 2. Fn 23; Wieczorek, a.a.O., § 850 f Anm. E II b 1; Boewer, a.a.O.

72) Stein-Jonas-Münzberg, a.a.O., § 850 f Anm. II 3.; Stöber, Vollstreckungserinnerung (§ 766 ZPO) oder Rechtspflegererinnerung (§ 11 RPflG) in Fällen der Forderungspfändung, RPfl 1974, 52, 55; aA) Baumbach-Lauterbach-Hartmann, a.a.O., § 850 f Anm. 4) A; Thomas-Putzo, a.a.O., § 850 f Anm. 4.

tige Beschwerde, wie unter Abschnitt VI, 2. f) bereits ausgeführt, aus der Ausgestaltung der Beschwerdeinstanz als Tatsacheninstanz und dem Verständnis des Beschwerderechts als Recht auf Gewährung eines neuen Judiziums. Bei der Erinnerung, die kein Rechtsmittel im technischen Sinne ist, muß Entsprechendes gelten, da sie ebenfalls zu einer vollständigen Überprüfung in sachlicher und rechtlicher Hinsicht führt ⁷³⁾.

6. "Freies Ermessen" nach § 938 Abs. 1 ZPO

Zumindest dem Wortlaut nach regelt § 938 Abs. 1 ZPO einen eindeutigen Fall des Rechtsfolgeermessens. § 938 ZPO soll dabei, wie teilweise vertreten wird ⁷⁴⁾, nicht auf die einstweilige Verfügung nach § 940 ZPO anwendbar sein. Für diese Auffassung, die meist nicht näher begründet wird, kann angeführt werden, daß die Verfügungsermächtigung nach § 940 ZPO deutlich abgesetzt ist von § 935 ZPO und § 938 ZPO. Zudem scheint bereits nach dem Wortlaut des § 940 ZPO ("sofern ... nötig erscheint") die Notwendigkeit über den Verfügungsinhalt zu entscheiden, so daß für ein Ermessen kein Raum wäre ⁷⁵⁾. Dem hält jedoch Hobbeling ⁷⁶⁾ zu Recht entgegen, daß § 940 ZPO bereits in seinem Wortlaut ("Einstweilige Verfügungen sind auch ... zulässig,...") eindeutig auf die vorgehenden Vorschriften Bezug nimmt.

73) Schöнке-Baur, Zwangsvollstreckungs-, Konkurs- und Vergleichsrecht, § 41 III. 4.; Stein-Jonas-Münzberg, a.a.O., § 766 Anm. III. 3.; Baumbach-Lauterbach-Hartmann, a.a.O., § 766 Anm. 4) B.

74) BGHZ 33, 105, 112; Jauernig, Der zulässige Inhalt einstweiliger Verfügungen, ZZP 79, 321, 327.

75) Finken, Die endgültige Vermögensverschiebung aufgrund einstweiliger Verfügung, S. 74 ff.

76) Die Rechtstypen der zivilprozessualen einstweiligen Verfügung, S. 72 Anm. 106.

Unbestritten fänden die anderen Paragraphen zwischen § 935 ZPO und § 940 ZPO auch auf die Regelungsverfügung Anwendung. § 938 Abs. 1 ZPO spreche ausdrücklich von der Zweckerforderlichkeit, die auf die einzelnen zu treffenden Verfügungsmaßnahmen zugeschnitten sei und daher eigenständige Bedeutung habe. Schließlich sei auch nicht einzusehen, warum dem Richter im Falle der Sicherungsverfügung ein Ermessen eingeräumt werden solle, bei der Regelungsverfügung hingegen nicht.

a) Sinn und Zweck der Vorschrift

Um feststellen zu können, ob bei § 938 Abs. 1 ZPO nun wirklich ein Rechtsfolgeermessen vorliegt, wird man zunächst die Natur, den Sinn und Zweck der gerichtlichen Entscheidung betrachten. Bei den §§ 916 ff. ZPO handelt es sich um die Regelung summarischer Verfahren zur Sicherung des Gläubigers für einen Anspruch ⁷⁷⁾. Das bedeutet, daß es in aller Regel nicht um einen Ausspruch der sich aus dem materiellen Recht ergebenden Rechtsfolge geht ⁷⁸⁾, sondern nur um eine vorläufige Entscheidung. Welche Maßnahmen nun vom Gericht nach § 938 Abs. 1 ZPO angeordnet werden können, wird vom Gesetz nicht abschließend geregelt, so daß - zumindest nach anfänglicher Betrachtungsweise - dem Gericht mehrere Sicherungsmaßnahmen zur Wahl stehen.

Rohmeyer ⁷⁹⁾ kommt bei einer Untersuchung der Rechtsnatur der Sicherungs- und Regelungsanordnung im Ver-

77) Thomas-Putzo, a.a.O., Vorbem. 1. vor § 916.

78) Baur, Studien zum einstweiligen Rechtsschutz, S. 43 ff.

79) Geschichte und Rechtsnatur der einstweiligen Anordnung im Verwaltungsprozeß.

waltungsprozeß zu der Schlußfolgerung, beide Arten von Eilmaßnahmen seien nicht Rechtsprechung, sondern Verwaltungstätigkeit. Ausschlaggebend für das Ergebnis Rohmeyers ist dabei, daß nach ihm beim Rechtsprechungsakt auf der Rechtsfolgeseite der Inhalt des rechtsfindenden Staatsakts vom Gesetz in einer auslegungsfähigen Rechtsfolgeanordnung vorgegeben sein muß ⁸⁰⁾. Diese Voraussetzung erfüllten die Sicherungs- und Regelungsanordnung nicht; das Gericht könne nämlich nach § 938 Abs. 1 ZPO aufgrund echter Ermessensfreiheit die zu verhängende Verfügungsmaßnahme rechtsschöpferisch und gestaltend bestimmen und nicht bloß eine vorgezeichnete Interessenwertung des Gesetzgebers nachvollziehen und konkretisieren. Demgegenüber sei die Leistungsanordnung eine echte Rechtsprechungsmaßnahme, § 938 Abs. 1 ZPO sei nicht anwendbar. Hier habe der Richter keine freie schöpferische Gestaltungsmacht, da kraft Gewohnheitsrecht auf der Rechtsfolgeseite ein ganz bestimmter, vom materiellen Recht getragener Entscheidungsinhalt entwickelt worden sei.

Es ist, wie Hobbeling ausführt ⁸¹⁾, denkbar, diese Gedanken Rohmeyers zur Sicherungs- und Regelungsanordnung im Verwaltungsprozeß auch auf die zivilprozessuale einstweilige Verfügung zu übertragen, zumal § 123 Abs. 1 VwGO den §§ 935, 940 ZPO nachgebildet ist und die differierenden Verfahrensmaximen im Verwaltungs- und Zivilprozeß ohne Einfluß auf die sich hier stellende Problematik sind.

80) Rohmeyer, a.a.O., S. 103 ff.

81) Hobbeling, a.a.O., S.214.

A. Blomeyer ⁸²⁾ bestreitet, daß es sich bei den Verfahren auf Erlaß eines Arrestes oder einer einstweiligen Verfügung um Erkenntnisverfahren handelt. Er meint, dies müßte sich sonst an den Wirkungen dieser Entscheidungen mit Eintritt der formellen Rechtskraft zeigen, nämlich bei der Wiederholung des abgelehnten Antrags oder beim Schadensersatzanspruch wegen Vollziehung eines ungerechtfertigten Arrestes. Arrest und einstweilige Verfügung seien keine Akte der Rechtsprechung, sondern "verwaltende Gerichtsakte", d. h. eine Art "Rechtspolizei", die den vorläufigen Schutz gefährdeter Rechte oder die einstweilige Regelung umstrittener Zustände zum Gegenstand habe.

Ähnlich sprechen auch R. Bruns und E. Peters ⁸³⁾ davon, daß es sich bei Maßnahmen nach § 940 ZPO "im Kern um Verwaltung" handele.

Im Rahmen dieser Abhandlung kann letztlich dahinstehen, ob diesen Ansichten gefolgt werden kann, da sie gerade ein weites Ermessen des Richters bei einer Anordnung nach § 938 Abs. 1 ZPO bejahen und dies nur mit dem Verständnis des Begriffes "Rechtsprechung" nicht für vereinbar halten. Hier sei nur auf die beachtlichen Einwendungen hingewiesen, die Hobbeling insbesondere gegen den Ansatz der Ausführungen Rohmeyers, d. i. das Verständnis des Begriffes "Rechtsprechung", erhebt ⁸⁴⁾.

82) A.a.O., § 119 V 1, S. 666 f.

83) Zwangsvollstreckungsrecht, § 49 II. 2., S. 282.

84) A.a.O., S. 218 ff.

Auch Leipold ⁸⁵⁾ wendet sich gegen die oben genannten Ansichten, da in ihnen die Vorstellung einer besonderen Beteiligung des öffentlichen Interesses zum Ausdruck komme. Arrest und einstweilige Verfügung sollten jedoch private Interessen vor den Nachteilen schützen, die sich aus dem Geschehensablauf bis zur Hauptsachentscheidung ergäben. Die pauschale Aussage, § 940 ZPO diene der Sicherung des Rechtsfriedens, sei unrichtig. Auch Verfügungen nach § 940 ZPO sollten nicht das öffentliche Interesse wahren.

Bei der Frage nach dem Ermessensspielraum des Richters im § 938 Abs. 1 ZPO stellt die gesetzliche Regelung im Nebensatz des § 938 Abs. 1 ZPO selbst den ersten Grundsatz auf, daß nämlich die einstweilige Verfügung durch den Verfügungszweck begrenzt ist. § 938 Abs. 2 ZPO, der bestimmte Maßregeln der einstweiligen Verfügung aufzählt, kann des weiteren entnommen werden, daß entsprechend dem Zweck der einstweiligen Verfügung eine Befriedigung des Antragstellers nicht herbeigeführt werden soll.

Gegen diese Festlegung des Zwecks der einstweiligen Verfügung wendet sich allerdings Jauernig ⁸⁶⁾ Es seien nämlich Fälle denkbar, in denen ein Gläubigerrecht nur durch "Befriedigung" "gesichert" werden könne. Richtig sei, daß die einstweilige Verfügung nur eine "vorläufige" Anordnung treffe. Daraus dürfe jedoch nicht der Schluß gezogen werden, die Vorläufigkeit lasse nur eine Sicherung des Gläubigers zu. Insbe-

85) Grundlagen des einstweiligen Rechtsschutzes, S. 85 Anm. 6.

86) A.a.O.

sondere könne aus einem solchen Einheitszweck kein Maßstab dafür gewonnen werden, welche Anordnung generell ein zulässiger Inhalt einer einstweiligen Verfügung sein könne. Gerade die Ausnahmen, bei denen es zu einer Befriedigung komme, könnten aufgrund des Dogmas vom einheitlichen Sicherungszweck nicht eingegrenzt werden. Nach Jauernig sollen deshalb der Zweck des Verfügungstyps und die Vorläufigkeit der Entscheidung Kriterien dafür sein, welche Anordnungen im Bereich der jeweiligen Verfügungsart generell zulässig sind.

Auch Baur ⁸⁷⁾ steht auf dem Standpunkt, die sichernde einstweilige Verfügung dürfe im Regelfall nicht zu einer Befriedigung des Gläubigers führen. Er weist jedoch daraufhin, daß die einstweilige Verfügung in der Rechtswirklichkeit heute häufig nicht mehr zur einstweiligen Sicherung, sondern zur ganzen oder teilweisen Befriedigung führt ⁸⁸⁾. Nach Baur muß sich deshalb aus der Anordnung durch eine zeitliche oder inhaltliche Beschränkung deren Einstweiligkeit ergeben, wenn dem Antragsteller mit einer bloßen Sicherung nicht gedient ist oder eine solche nicht denkbar ist.

Leipold ⁸⁹⁾ sieht den Zweck des einstweiligen Rechtsschutzes in allen Fällen in der Zwischenregelung. Es werde nämlich versucht, den Geschehensablauf so zu gestalten, daß das Interesse des Antragstellers nicht durch ein zu erwartendes, gerichtlich nicht beeinflusstes Geschehen einen Nachteil erleidet.

87) A.a.O., S. 49.

88) Arrest und einstweilige Verfügung in ihrem Anwendungsbereich, BB 1964, 607 f.

89) A.a.O., S. 84.

Selbst wenn man entsprechend diesen Ansichten den Zweck der einstweiligen Verfügung in der Vorläufigkeit, Einstweiligkeit der Anordnung bzw. in der Zwischenregelung sieht, so wird man doch daran festhalten, daß die einstweilige Verfügung in der Regel nicht zu einer Befriedigung des Antragstellers führen soll. Wie stark denn auch der Sicherungsgedanke in der Rechtsprechung auf die Frage der Nachprüfbarkeit des Ermessens nach § 938 Abs. 1 ZPO Einfluß genommen hat, soll im folgenden Abschnitt dargestellt werden.

b) Einfluß des Sicherungsgedankens auf gerichtliche Entscheidungen

Der Einfluß des Sicherungsgedankens auf gerichtliche Entscheidungen soll an Hand einiger Beispiele aufgezeigt werden.

So hält das Reichsgericht ⁹⁰⁾ die Verpflichtung zur Löschung einer Hypothek gegen Sicherheitsleistung für unzulässig, da dem insoweit eine endgültige Wirkung zukommen könnte, als zwischen der Löschung und der Wiedereintragung Eintragungen zugunsten Dritter erfolgen können, die es unmöglich machen, der Hypothek ihren ursprünglichen Rang zu geben. Wörtlich führt das Reichsgericht aus: "Wenn nun auch bezüglich der Frage, welche Anordnungen zur Erreichung des Zweckes im Wege der einstweiligen Verfügungen getroffen werden können das freie Ermessen entscheidet und demselben ein weiter Spielraum zu belassen ist, so muß dieses doch immer darin seine Grenze finden, daß es sich um Maßregeln handelt, die für die Zeit bis zur

90) JW 1903, 126; ebenso OLG München, Rsp 23, 238.

endgültigen Entscheidung des Rechtsstreits getroffen werden, und daß daher Anordnungen nicht zulässig sind, die als solche über die Entscheidung in der Sache selbst hinaus und möglicherweise im Gegensatz zu derselben rechtliche Wirkungen haben würden."

Bei Ansprüchen aus Kauf kann durch eine einstweilige Verfügung nicht die Übereignung einer Sache bewirkt werden ⁹¹⁾.

Umstritten ist dann aber bereits, ob z. B. auch die Abgabe einer Willenserklärung (z. B. Verpflichtung zur Erteilung einer Bankvollmacht oder Einzelprokura) Gegenstand einer einstweiligen Verfügung sein kann ⁹²⁾.

Ebenfalls umstritten ist, ob die Abberufung eines Liquidators einer sich in Auflösung befindlichen Handelsgesellschaft im Wege der einstweiligen Verfügung möglich ist. Während das Reichsgericht in RGZ 29, 352, 357 dies mit der Begründung verneint, daß damit das Urteil im Hauptprozeß nicht gesichert werde, sondern sich erübrige und zudem das HGB eine provisorische Abberufung nicht kenne, widerspricht die Abberufung nach RGZ 30, 319 nicht dem Wesen der einstweiligen Verfügung, da es grundsätzlich dem freien Ermessen überlassen bleibe, welche Anordnung zum Erreichen des Zwecks erforderlich sei.

Diese Beispiele zeigen, daß der Sicherungsgedanke bei einstweiligen Verfügungen der unterschiedlichsten Art von der Rechtsprechung als eine der wesentlichsten Schranken angesehen wird, die dem richterlichen Ermessen nach § 938 Abs. 1 ZPO gesetzt sind.

91) OLG Breslau, Rsp 29, 273.

92) OLG Hamm, NJW 1971, 401 m.w.N.; OLG Stuttgart, NJW 1973, 908.

c) Schranken des "freien Ermessens"

Neben der Beschränkung des freien Ermessens bei dem Erlaß einer einstweiligen Verfügung durch den Sicherungszweck ergeben sich noch zusätzliche Beschränkungen, die weitgehend im Schrifttum und in der Rechtsprechung unumstritten sind ⁹³⁾.

Zum einen muß die Maßregel innerhalb der Anträge des Antragstellers liegen. Mit einem solchen Antrag präzisiert der Antragsteller sein Rechtsschutzziel, dieses bildet aber eine obere Grenze für eine einstweilige Verfügung ⁹⁴⁾. Allerdings bildet der Antrag keine Grenze in dem Sinne, daß das Gericht nicht anderes anordnen könnte, vielmehr kann das Gericht auch ein aliud anordnen, wenn ihm dies als die zweckmäßigere Lösung erscheint.

Eine weitere Grenze "nach oben" bildet das nach materielltem Recht "Zusprechbare" ⁹⁵⁾. Entsprechend dem Sinn einer vorläufigen Entscheidung kann darin nicht mehr zugesprochen werden als im Hauptsacheprozeß bei Bestehen des geltend gemachten Anspruchs zuerkannt werden könnte.

Eine weitere Beschränkung ergibt sich denknotwendig aus dem Umstand, daß es sich bei den Anordnungen nach

93) Vgl. Stein-Jonas-Grunsky, a.a.O., 19. Auflage, § 938 Anm. I.1.; Baumbach-Lauterbach-Hartmann, a.a.O., § 938 Anm. 1); Wieczorek, a.a.O., § 938; Zöllner, a.a.O., § 938.

94) Baur, Studien zum einstweiligen Rechtsschutz, S. 73; Habscheid, Urteilsanmerkung NJW 1973, 375 f.; RG, Gruchot 48, 402.

95) Jauernig, a.a.O., S. 326.

§ 938 ZPO um Sicherungsmaßnahmen handeln soll. Diese müssen also auch vollziehbar sein ⁹⁶⁾. Das Gericht darf nur etwas anordnen, was nach der ZPO bzw. anderen, die Vollstreckbarkeit im weiteren Sinne regelnden Gesetzen vollstreckbar ist. Demgegenüber vertritt Baur ⁹⁷⁾ die Auffassung, auch ein ausnahmsweise bestehendes Vollstreckungsverbot wie z. B. § 888 Abs. 2 ZPO stehe dem Erlaß einer einstweiligen Verfügung nicht im Wege ⁹⁸⁾. Danach könne die Frage, ob trotz fehlender Vollstreckbarkeit eine einstweilige Verfügung erforderlich sei, nur nach den Umständen des Einzelfalles beurteilt werden. Dabei sei zu bedenken, daß nach § 888 Abs. 2 ZPO eine Verurteilung möglich sei, also dem Kläger nicht schon deshalb das Rechtsschutzbedürfnis fehle, weil die begehrte Entscheidung nicht vollstreckbar sei.

In dem so gesteckten Rahmen muß nunmehr das Gericht die Maßnahme anordnen, die erforderlich, d. h. einerseits nötig, andererseits genügend ist ⁹⁹⁾. Die Anordnung soll das Ziel der Sicherung am besten erreichen, gleichzeitig aber auch die Handlungsfreiheit des Antraggegners möglichst wenig beeinträchtigen. Effektivität des Rechtsschutzes und Prinzip des geringstmöglichen Eingriffs stehen sich gewissermaßen gleichberechtigt gegenüber ¹⁰⁰⁾.

Baur ¹⁰¹⁾ hält es für zweifelhaft, ob es sich im Falle des § 938 Abs. 1 ZPO terminologisch um echtes freies

96) Baur, a.a.O., S. 51.

97) A.a.O., S. 51; BB 1964, 607, 613.

98) Vgl. Jauernig, a.a.O., S. 345.

99) Thomas-Putzo, a.a.O., § 938 Anm. 1. f).

100) Baur, a.a.O., S. 73.

101) A.a.O., S. 73.

Ermessen im Sinne eines dem Richter eingeräumten Spielraums unter mehreren denkbaren, vom Gesetz gleichermaßen gebilligten Möglichkeiten handelt oder um das Auffinden einer vom Sicherungs- und Regelungszweck her bestimmten optimalen Lösung. Seiner Ansicht nach läßt sich diese Frage nicht für alle Fallgruppen einheitlich beantworten, der Spielraum werde vielmehr bei der sichernden einstweiligen Verfügung geringer sein als bei der regelnden.

Minnerop ¹⁰²⁾ glaubt sogar, daß für eine Lehre, die an einer immer weiteren Präzisierung des nach § 938 ZPO eröffneten Ermessensspielraum arbeitet, indem sie sowohl materiell-rechtliche Erfordernisse wie auch die Sicherungs- und Regelungsbedürftigkeit zum Prüfungsmaßstab nimmt, letztlich als Ergebnis der Idee nach nur noch eine Entscheidung möglich ist. Die rechtsschutzfähige materielle Rechtslage und die konkrete Rechtsgefährdung würden sich trotz der Vielfalt der denkbaren Störungen und der abhelfenden Maßnahmen regelmäßig auf eine inhaltlich bestimmbare und bestimmte, den Antragsteller berechtigende Normsituation verdichten, die durch den Erlaß einer entsprechenden Anordnung zu titulieren sei.

M. E. mag es durchaus richtig sein, daß sich bei bestimmten Fallgruppen eine weitgehende Einengung des durch § 938 Abs. 1 ZPO eingeräumten Ermessens herausgebildet hat und u. U. sogar im Einzelfall nur eine einzige Entscheidung als ermessensfehlerfrei angesehen werden kann. Dies dürfte jedoch angesichts der

102) Materielles Recht und einstweiliger Rechtsschutz, S. 82.

Vielfalt von Lebenssachverhalten, für die eine vorläufige Anordnung im Wege der einstweiligen Verfügung beantragt werden kann, nicht zu verallgemeinern sein. Auch im Verwaltungsrecht hat die Möglichkeit, daß im konkreten Fall eine "Ermessensschumpfung auf Null" eintreten kann, keine Veranlassung gegeben, einen Ermessensspielraum zu verneinen. Bei § 938 Abs. 1 ZPO ist deshalb entgegen den vorgenannten Ansichten ein echtes richterliches Ermessen zu bejahen.

d) Nachprüfbarkeit des "freien Ermessens"

Gegen den Beschluß, mit dem eine einstweilige Verfügung erlassen wurde, stehen dem Antraggegner der Widerspruch (§§ 924, 936 ZPO) sowie die Aufhebungsanträge nach §§ 926 II, 927, 936 ZPO als besondere Rechtsbehelfe zu, wobei allerdings keine der einschlägigen Vorschriften den anderen gegenüber *lex specialis* ist ¹⁰³⁾. Der Widerspruch führt hierbei, soweit geltend gemacht wird, die einstweilige Verfügung sei von Anfang an ungerechtfertigt gewesen, dazu, daß über den Verfügungsanspruch erneut, und zwar unter Zugrundelegung der Umstände im Zeitpunkt der mündlichen Verhandlung, ohne Bindung an die Beurteilung in der einstweiligen Verfügung entschieden wird. Es kommt somit zu einer nochmaligen vollen Überprüfung der einstweiligen Verfügung ¹⁰⁴⁾. In der Regel ist überprüfendes Gericht das Gericht, das die einstweilige Verfügung erlassen hat. Lediglich in dem Fall, daß das Beschwerdegericht die einstweilige Verfügung erlassen hat, ist das Un-

103) Vgl. Stein-Jonas-Grunsky, a.a.O., § 924 Anm. I 2. a).

104) Stein-Jonas-Münzberg, a.a.O., § 925 Anm. I 2.a); Baumbach-Lauterbach-Hartmann, a.a.O., § 925 Anm. 1) B.

tergericht zur Entscheidung über den Widerspruch zuständig¹⁰⁵⁾. Daß das Gericht bei der Entscheidung nicht auf eine Überprüfung des Ermessens auf Ermessensfehler beschränkt ist, ergibt sich aus dem Wortlaut des § 925 Abs. 2 ZPO, wonach das Gericht den Arrest abändern kann. Eine solche Änderungsbefugnis bedeutet notwendigerweise jedoch auch, daß das Gericht die Ermessensausübung auf seine Zweckmäßigkeit hin überprüft.

Die in den vorangegangenen Beispielsfällen für freies Ermessen aufgetretene Frage, ob das Berufungs- oder Beschwerdegericht bei dem dem Untergericht eingeräumten Ermessen die Überprüfung auf die rechtlichen Schranken des Ermessens beschränken muß oder selbst eigenes Ermessen ausüben und dies gegebenenfalls an die Stelle des Ermessens des Erstgerichts setzen kann, stellt sich bei § 938 Abs. 1 ZPO in den Fällen, in denen das Erstgericht gleich aufgrund mündlicher Verhandlung eine einstweilige Verfügung durch Urteil erläßt oder aber aufgrund Widerspruchs in einem Urteil die einstweilige Verfügung ganz oder teilweise bestätigt oder abändert. Wie bei der Nachprüfbarkeit des freien Ermessens bei der Bestimmung der Art der Sicherheitsleistung (Abschnitt VII. 2. f)) muß auch hier davon ausgegangen werden, daß das Berufungsgericht als Tatsacheninstanz eigenes Ermessen ausüben kann. Dies erscheint insbesondere auch deshalb angemessen, weil ansonsten bei dem Erlaß einer einstweiligen Verfügung durch Beschluß eine Nachprüfung des

105) OLG Hamburg, MDR 1957, 105; Stein-Jonas-Münzberg, a.a.O., § 924 Anm. IV; Baumbach-Lauterbach-Hartmann, a.a.O., § 924 Anm. 2) B.

Ermessens und damit eine für die neueste Sachlage am zweckmäßigsten erscheinende Anordnung möglich wäre, während dies bei einer Entscheidung durch Urteil entfielen. Auffällt, daß es bei § 938 Abs. 1 ZPO im Gegensatz zu § 3 ZPO keinen Streit um die Frage gibt, ob das Beschwerde- oder Berufungsgericht nur eine Überschreitung der Grenzen des Ermessens durch das Erstgericht beanstanden oder eigenes Ermessen ausüben kann.

7. "Freies Ermessen" nach § 1034 Abs. 2 ZPO

Im schiedsgerichtlichen Verfahren räumt § 1034 Abs. 2 ZPO den Schiedsrichtern bei der Verfahrensgestaltung freies Ermessen ein. Die Vereinbarung des schiedsgerichtlichen Verfahrens wird oftmals zur Vermeidung eines langwierigen - möglicherweise über mehrere Instanzen hinwegführenden - Rechtstreits im normalen Prozeßverfahren getroffen. Deshalb liegt es nahe, dieses Verfahren weitgehend von den formellen Anforderungen, die die ZPO an das zivilprozessuale Verfahren stellt, zu befreien. Das Schiedsgericht gestaltet den Verfahrensablauf so, wie es aufgrund der zu beurteilenden Sachlage am zweckmäßigsten erscheint. Der damit mögliche Einfluß auf den Verfahrensablauf führt aber zu einer Wahlmöglichkeit und damit zur Annahme von Ermessen im hier verstandenen Sinn. Insofern besteht offensichtlich auch Einigkeit in Rechtsprechung und Literatur.

a) Schranken des "freien Ermessens"

Daß das in § 1034 Abs. 2 ZPO eingeräumte freie Ermessen keine schrankenlose Wahlmöglichkeit den Schiedsrichtern einräumt, zeigt schon § 1034 Abs. 2

ZPO selbst, wonach das Schiedsgericht an Parteivereinbarungen gebunden ist. Solche Vereinbarungen, die im Schiedsvertrag, aber auch in einem beliebigen Nachtragsvertrag enthalten sein können, sind für das Schiedsgericht die erste Richtschnur ¹⁰⁶⁾.

Weiterhin verweist § 1034 Abs. 2 ZPO auf Abs. 1. Danach hat das Schiedsgericht den Parteien rechtliches Gehör zu gewähren, den Sachverhalt zu ermitteln, soweit es dies für erforderlich hält, und darf Rechtsanwälte als Prozeßbevollmächtigte nicht zurückweisen ¹⁰⁷⁾. Neben diesen Schranken ist das Schiedsgericht nur noch an die Vorschriften des 10. Buches der ZPO gebunden ¹⁰⁸⁾. Dabei gibt insbesondere § 1041 ZPO weitere Anhaltspunkte, welche Grenzen dem freien Ermessen nach § 1034 Abs. 2 ZPO gesetzt sind. Neben der Nichtgewährung rechtlichen Gehörs (§ 1041 Abs. 1 Nr. 4 ZPO), der nicht ordnungsgemäßen Vertretung (§ 1041 Abs. 1 Nr. 3 ZPO) bezeichnet § 1041 Abs. 1 Nr. 1 ZPO ganz allgemein ein unzulässiges Verfahren als Aufhebungsgrund. Dabei kann wiederum unterschieden werden, ob das Verfahren im ganzen oder nur eine einzelne Verfahrenshandlung unzulässig ist. Das Verfahren als ganzes dürfte unzulässig sein bei Fehlen einer allgemeinen Prozeßvoraussetzung, sachlicher Unzuständig-

106) Baumbach-Schwab, Schiedsgerichtsbarkeit, Kap. 12. B. I., II., C. I.; Schönke, Das Schiedsverfahren nach dem heutigen Deutschen Recht, § 23.

107) RGZ 121, 281; Baumbach-Lauterbach-Albers, a.a.O., § 1034 Anm. 3), 4).

108) RGZ 121, 281; Baumbach-Schwab, a.a.O., Kap. 12. C. I.

keit des Schiedsgerichts oder fehlerhafter Mitwirkung eines Schiedsrichters, der z. B. nicht vertragsmäßig oder nach § 1029 ZPO ernannt, mit Erfolg abgelehnt wurde oder in eigener Sache entscheidet. Bei der Unzulässigkeit einer einzelnen Verfahrenshandlung kann es sich nur um Verstöße gegen wesentliche Verfahrensgrundsätze handeln. Die Ablehnung eines Beweisantrags genügt hierfür in der Regel nicht ¹⁰⁹⁾, es sei denn, dies stellt eine Verletzung rechtlichen Gehörs dar ¹¹⁰⁾.

b) Nachprüfbarkeit des "freien Ermessens"

Diese vom Gesetz eingeräumte Freiheit bei der Ermessensausübung bedingt auf der anderen Seite eine nur eng begrenzte Möglichkeit, den Schiedsspruch zu überprüfen. § 1041 ZPO (und § 1043 ZPO) läßt eine Aufhebungsklage vor einem ordentlichen Gericht nur in den dort abschließend geregelten Fällen zu. Da diese weitgehend die dem in § 1034 ZPO eingeräumten Ermessen gezogenen Schranken aufzählen, ist für eine weitergehende Überprüfung des dem Schiedsgericht noch verbleibenden Ermessensrahmen kein Raum. Das ordentliche Gericht kann sein Ermessen auch nicht an die Stelle des Ermessens des Schiedsgerichts setzen. § 1034 Abs. 2 ZPO betrifft lediglich die Regelung des Verfahrens vor dem Schiedsgericht, vor dem ordentlichen Gericht findet diese Vorschrift keine Anwendung.

Allerdings können nach h. M. die Parteien im Schiedsgerichtsverfahren auch einen Instanzenzug vereinbaren ¹¹¹⁾.

109) BGH, NJW 1966, 549.

110) Habscheid, Urteilsanmerkung ZZP 79, 452 ff.

111) Baumbach-Schwab, a.a.O., Kap. 20. A.;
Stein-Jonas-Schlosser, a.a.O., 19. Auflage,
§ 1034 Anm. III. 1.a); Wieczorek-Schütze,
a.a.O., § 1034 Anm. B II b.

Dabei steht es den Parteien sogar frei, die Überprüfung durch das Oberschiedsgericht auf eine reine Rechtsnachprüfung zu beschränken. Das Oberschiedsgericht kann also wie eine Berufungs- oder wie eine Revisionsinstanz fungieren. Auch für das Oberschiedsgericht gilt, daß für das Verfahren zunächst die Parteivereinbarungen im Schiedsvertrag oder in einem Ergänzungsvertrag maßgebend sind, soweit dem nicht zwingende Vorschriften des 10. Buches der ZPO entgegenstehen. Sind solche Vereinbarungen nicht vorhanden, so bestimmt das Oberschiedsgericht ebenfalls nach § 1034 Abs. 2 ZPO das Verfahren nach freiem Ermessen.

Bei der Frage, inwieweit das Oberschiedsgericht das Ermessen des Schiedsgerichts nachprüfen kann, ist einmal danach zu unterscheiden, ob das Verfahren vor dem Oberschiedsgericht nach den Parteivereinbarungen als Tatsachen- oder nur als Revisionsinstanz ausgestaltet ist. Ist letzteres vereinbart, so ist das Oberschiedsgericht darauf beschränkt, zu prüfen, ob sich das vom Schiedsgericht ausgeübte Ermessen in den oben genannten Schranken hält. Ist das Oberschiedsgericht nicht auf eine rechtliche Nachprüfung beschränkt - dies ist im Zweifel anzunehmen ¹¹²⁾, so ist das Oberschiedsgericht befugt, die Ermessensausübung des Schiedsgerichts in vollem Umfang nachzuprüfen und gegebenenfalls durch eine eigene Ermessensentscheidung zu ersetzen ¹¹³⁾. Dieser

112) Baumbach-Schwab, a.a.O., Kap. 12 B.

113) Vgl. hierzu § 512 ZPO.

vollen Nachprüfbarkeit kommt jedoch insofern keine Bedeutung zu, als ein Schiedsspruch im Sinne der §§ 1039 ff. ZPO erst vorliegt, wenn damit das schiedsrichterliche Verfahren endgültig abgeschlossen wird und er in diesem Verfahren nicht mehr abänderbar ist ¹¹⁴⁾. Die Entscheidung des Schiedsgerichts bleibt also, wenn eine Nachprüfung durch ein Oberschiedsgericht vorgesehen ist, ein innerer Vorgang des Schiedsgerichts. Das Oberschiedsgericht kann, sofern nicht besondere Parteivereinbarungen bestehen, sein Verfahren nach freiem Ermessen gestalten und damit eine seines Erachtens unzumutbare Verfahrensgestaltung durch das Schiedsgericht korrigieren.

114) Baumbach-Schwab, a.a.O., Kap 12. E. II.;
Stein-Jonas-Schlosser, a.a.O., § 1034 Anm. III.
1. a); RGZ 114, 168; aA) RGZ 29. 387 ff.

VIII. Vergleich der Begriffe "freies Ermessen",
"Ermessen" und "kann" in der ZPO an Hand zweier
Beispiele

Wie bereits in der Einführung angesprochen und wie der Betrachtung der einzelnen Vorschriften der ZPO, die von freiem Ermessen des Richters sprechen, zu entnehmen ist, läßt sich oftmals aus dem Gesetzeswortlaut nicht eindeutig ersehen, ob dem Richter durch das Gesetz eine Ermessensentscheidung eingeräumt ist oder ob er auf Grund einer Tatsachenfeststellung nach freier Überzeugung entscheiden soll. Als Abschluß soll deshalb noch an Hand zweier Beispiele erörtert werden, ob in den Fällen, in denen das Gesetz nur von "Ermessen" spricht, dieses "weniger frei" ist als in den Fällen, in denen das Gesetz von "freiem Ermessen" spricht, und ob sich auch aus sogenannten "kann"-Vorschriften ein Ermessen für den Richter ergibt.

1. "Ermessen" nach § 398 Abs. 1 ZPO

§ 398 Abs. 1 ZPO stellt es - seinem Wortlaut nach anscheinend ohne Einschränkung - in das Ermessen des Gerichts, einen Zeugen wiederholt zu vernehmen. Eine wiederholte Vernehmung eines Zeugen auf Antrag oder von Amts wegen liegt dabei nur vor, wenn derselbe Zeuge zu derselben Tatsache nochmals in diesem Rechtsstreit - wenn auch in höherer Instanz - gehört wird ¹¹⁵⁾. Mehrere Gründe können Anlaß für eine solche erneute Zeugenvernehmung bieten. So kann die erste Vernehmung des Zeugen unvollständig oder rechtlich unverwertbar gewesen sein. Im nachhinein kann sich herausstellen, daß die Aussage des Zeugen unbestimmt oder zweideutig ist. Ferner kann das Gericht es für erforderlich er-

115) Stein-Jonas-Schumann-Leipold, a.a.O.,
19. Auflage, § 398 Anm. I. 1.

achten, daß dieser Zeuge einem anderen gegenübergestellt wird. Ist ein Zeuge von dem Einzelrichter, dem beauftragten oder ersuchten Richter vernommen worden, so mag es für die Entscheidungsfindung auf den unmittelbaren Eindruck des Zeugen ankommen. Schließlich kann auch ein Wechsel in der Besetzung des Gerichts oder eine ungenügende Erinnerung der Richter an die Aussage des Zeugen eine erneute Vernehmung erforderlich machen ¹¹⁶⁾.

a) Rechtsprechung und Literatur

Übereinstimmend gehen Rechtsprechung ¹¹⁷⁾ und Literatur ¹¹⁸⁾ davon aus, daß dem Gericht im Falle des § 398 Abs. 1 ZPO Ermessen eingeräumt wird.

b) Schranken des "Ermessens"

Bei der Frage nach den dem Ermessen in § 398 Abs. 1 ZPO gezogenen Schranken stößt man immer wieder auf die vom BGH geprägte Formulierung, das Ermessen sei nicht frei, sondern müsse pflichtgemäß ausgeübt werden. Allgemeine Regeln hierfür ließen sich nicht aufstellen. Im Laufe der Zeit hat die Rechtsprechung jedoch mehrere Fallgestaltungen herausgearbeitet, in denen das Unterlassen einer erneuten Vernehmung eines Zeugen einen Ermessensfehler darstellt.

116) Stein-Jonas-Schumann-Leipold, a.a.O., § 398 Anm. I. 3.; Baumbach-Lauterbach-Hartmann, a.a.O., § 398 Anm. 2) A.; Thomas-Putzo, a.a.O., § 398 Anm. 1.

117) BGH, LM § 398 Nr. 6, 7, NJW 1976, 1742, VersR 1973, 79.

118) Stein-Jonas-Schumann-Leipold, a.a.O., § 398 Anm. I. 2.; Baumbach-Lauterbach-Hartmann, a.a.O.; Thomas-Putzo, a.a.O.

Wie bereits oben angedeutet, bedarf es für die erneute Vernehmung eines Zeugen grundsätzlich eines besonderen Grundes ¹¹⁹⁾. Ist ein Zeuge früher nicht ordnungsgemäß, z. B. unter Außerachtlassen der in § 377 ZPO enthaltenden Vorschriften über die Ladung, vernommen worden und wurde dieser Mangel nicht nach § 295 ZPO geheilt, so muß die Vernehmung wiederholt werden ¹²⁰⁾, wenn diese Aussage für die Entscheidung mit herangezogen werden soll. Dies gilt ferner, wenn eine Partei bei der Zeugenvernehmung nicht anwesend war und das Verfahren durch die Vervollständigung der Beweisaufnahme nicht verzögert wird oder die Partei glaubhaft macht, sie sei ohne ihr Verschulden außerstande gewesen, in dem früheren Termin zu erscheinen, und durch ihr Nichterscheinen sei die Beweisaufnahme wesentlich unvollständig (§ 367 Abs. 2 ZPO). Ein Zeuge muß nochmals vernommen werden, wenn die Glaubwürdigkeit eines Zeugen anders als bisher beurteilt werden soll ¹²¹⁾. Dies gilt sowohl im Verhältnis Einzelrichter und Kammer (Senat) als auch zwischen Erstgericht und Berufungsgericht ¹²²⁾. In diesem Fall ist nämlich ein neuer unmittelbarer Eindruck des Gerichts erforderlich. Ebenso hat das Berufungsgericht zu verfahren, wenn es anders als das Erstgericht würdigen

119) OLG Nürnberg, OLGZ 1976, 480 f.

120) Baumbach-Lauterbach-Hartmann, a.a.O., § 398 Anm. 2) A.a.); Thomas-Putzo, a.a.O., § 398 Anm. 1.a).

121) BGH, NJW 1977, 384 und NJW 1964, 2414.

122) BGH, NJW 1976, 1742; Pohle, Urteilsanmerkung zu BAG, AP § 398 ZPO Nr. 1.

will und dies ohne unmittelbarer Eindrücke nicht geschehen kann ¹²³⁾ oder wenn es eine mehrdeutige Aussage anders verstehen will als der Erstrichter ¹²⁴⁾.

Aus all dem ergibt sich, daß ein Antrag auf erneute Vernehmung eines Zeugen abzulehnen ist, wenn nichts dafür ersichtlich ist, daß die neue Aussage anders ausfallen werde als die frühere oder daß sie dann unglaubwürdig wäre ¹²⁵⁾.

Abschließend kann für das dem Richter in § 398 Abs. 1 ZPO eingeräumte Ermessen festgehalten werden, daß keine Anhaltspunkte bestehen, daß das richterliche Ermessen nach § 398 Abs. 1 ZPO "weniger frei" ist als das richterliche Ermessen in den Fällen, in denen das Gesetz von freiem Ermessen spricht und ein Ermessen auch wirklich zu bejahen ist. In beiden Fällen bildet neben den gesetzlichen Voraussetzungen für das Ermessen der Normzweck die Schranke.

c) Nachprüfbarkeit des "Ermessens"

Nach Stein-Jonas-Schumann-Leipold unterliegt die Ausübung des Ermessens nach § 398 Abs. 1 ZPO nicht der Nachprüfung in der Revisionsinstanz ¹²⁶⁾, nach Thomas-Putzo handelt es sich um ein nicht nachprüfbares

123) BGH, LM § 398 ZPO Nr. 7, VersR 1972, 951, FamRZ 1977, 537.

124) BGH, NJW 1968, 1138 und FamRZ 1977, 537.

125) Baumbach-Lauterbach-Hartmann, a.a.O., § 398 Anm. 2) A. d).

126) Stein-Jonas-Schumann-Leipold, a.a.O., § 398 Anm. I. 2.

Erkennen des Tatrichters ¹²⁷⁾. Dies besagt allerdings nicht, daß das Revisionsgericht das Ermessen nicht darauf überprüfen kann, ob die im vorigen Abschnitt aufgezeigten Schranken eingehalten würden. Man wird beide Ansichten vielmehr dahin verstehen müssen, daß das Ermessen grundsätzlich nicht revisibel oder nicht uneingeschränkt revisibel ist ¹²⁸⁾, sondern nur hinsichtlich seiner gesetzlichen Voraussetzungen und seiner Grenzen nachprüfbar ist.

Der Beschluß über die Anordnung oder Ablehnung einer wiederholten Zeugenvernehmung selbst ist unanfechtbar ¹²⁹⁾. Einer Überprüfung wird diese Entscheidung im Zusammenhang mit der Entscheidung in der Hauptsache zugänglich. Da § 398 Abs. 1 ZPO auch im Verhältnis Erstgericht und Berufungsgericht gilt ¹²⁸⁾, hat das Berufungsgericht, wenn das Erstgericht eine wiederholte Vernehmung abgelehnt hat, nach eigenem Ermessen zu entscheiden, ob eine Wiederholung der Zeugenvernehmung geboten ist.

127) Thomas-Putzo, a.a.O., § 398 Anm. 1.

128) Pohle, a.a.O.

129) Argumentum a maiore ad minus aus § 360 Satz 2 ZPO; Stein-Jonas-Schumann-Leipold, a.a.O., § 398 Anm. I. 4.; Thomas-Putzo, a.a.O., § 398 Anm. 1.

2. "Können" nach § 296 Abs. 2 ZPO

Nach § 296 Abs. 2 ZPO können Angriffs- und Verteidigungsmittel durch das Gericht zurückgewiesen werden, wenn durch ihre Zulassung die Erledigung des Rechtsstreits verzögert würde und die Verspätung auf grober Nachlässigkeit beruht. § 296 Abs. 2 ZPO, der durch das Gesetz zur Vereinfachung und Beschleunigung gerichtlicher Verfahren (Vereinfachungsnovelle) vom 3.12.1976 ¹³⁰⁾ neu in die ZPO aufgenommen wurde, erscheint als Beispiel einer "kann"-Vorschrift im Vergleich mit den Vorschriften, die von freiem Ermessen sprechen, besonders geeignet. Das Gesetz hat hier nämlich neben "können" auch den Begriff der freien Überzeugung verwendet, so daß man annehmen kann, daß der Gesetzgeber hier, wenn mit dem Wort "können" wirklich ein Ermessen eingeräumt wird, den Unterschied zwischen Ermessen und freier Überzeugung beachtet hat.

a) Literatur und Rechtsprechung

Im Schrifttum zu § 296 Abs. 2 ZPO wird das Wort "können" eindeutig als Ermächtigung für den Richter verstanden, über die Zurückweisung von Angriffs- oder Verteidigungsmitteln nach Ermessen zu entscheiden. Insofern folgt es den Literaturmeinungen zu § 279 ZPO a.F., nach dem das Gericht unter allerdings etwas anderen Voraussetzungen verspätete Angriffs- und Verteidigungsmittel zurückweisen konnte.

130) BGBI. I/3, 3281 ff.

Nach Thomas-Putzo ist die Zulassung verspäteter Angriffs- und Verteidigungsmittel in das Ermessen des Gerichts gestellt ¹³¹⁾, während die Frage, ob eine Verzögerung eintritt und die Verspätung auf grober Nachlässigkeit beruht, nach freier Überzeugung zu beurteilen ist ¹³²⁾.

Mißverständlich ist die Kommentierung bei Baumbach-Lauterbach-Hartmann. Dort heißt es, die Frage, ob die Zulassung verspäteter Angriffs- oder Verteidigungsmittel die Erledigung des Rechtsstreits verzögern würde und ob eine Partei die Verspätung entschuldigen kann, sei nach der "freien Überzeugung des Gerichts, also innerhalb eines zwar pflichtgemäßen, aber weiten Ermessens zu prüfen" ¹³³⁾. Die Zurückweisung müsse auf Grund eines zwar "pflichtgemäßen, aber weiten Ermessens ("freie Überzeugung" trotz insofern dem § 279 Abs. 1 ZPO a.F. entsprechend Wortlaut jetzt weiter zu fassen)" erfolgen ¹³⁴⁾.

Putzo ¹³⁵⁾ und Franzki ¹³⁶⁾ trennen bei § 296 Abs. 2 ZPO deutlich danach, was nach freier Überzeugung zu beurteilen und was nach Ermessen zu entscheiden ist.

131) A.a.O., § 296 Anm. 1. b).

132) A.a.O., S. 296 Anm. 2. a), 4. c).

133) A.a.O., S. 296 Anm. 2) C.

134) A.a.O., S. 296 Anm. 3) B.

135) Die Vereinfachungsnovelle, NJW 1977, 1, 4.

136) Das Gesetz zur Vereinfachung und Beschleunigung gerichtlicher Verfahren (Vereinfachungsnovelle), DRiZ 1977, 161, 165.

Der Würdigung nach freier Überzeugung unterliege die Frage, ob die Zulassung verspäteter Angriffs- und Verteidigungsmittel die Erledigung des Rechtsstreits verzögern würde und die Verspätung auf grober Nachlässigkeit beruht. Werde dies bejaht, so sei die Zurückweisung in das Ermessen des Gerichts gestellt.

Das OLG Hamburg ¹³⁷⁾ hatte in einem Rechtsstreit zu der Frage Stellung zu nehmen, welche Folgen die Versäumung der Frist des § 697 Abs. 1 ZPO nach erfolgtem Widerspruch im Mahnverfahren hat. Nachdem es zunächst § 296 Abs. 1 ZPO auf § 697 Abs. 1 ZPO für nicht anwendbar erklärt, führt es im weiteren aus, daß deshalb das Landgericht das verspätete Vorbringen allenfalls nach § 296 Abs. 2 ZPO hätte zurückweisen können. Das Landgericht hätte bei Bejahung der Voraussetzungen der §§ 282 Abs. 2, 296 Abs. 2 ZPO in Ausübung des ihm insoweit zustehenden Ermessens unter Abwägung der betroffenen Belange entscheiden müssen, ob es das Vorbringen gleichwohl zulassen wollte oder nicht ¹³⁸⁾.

Wie bereits ausgeführt, kann bei der Frage, ob dem Gericht nach § 296 Abs. 2 ZPO Ermessen eingeräumt ist, auch auf die Rechtsprechung und Literatur zu § 279 ZPO a. F. zurückgegriffen werden. Nach OLG Köln ¹³⁹⁾ lag es im "pflichtgemäßen Ermessen" des Gerichts, ob es dann,

137) NJW 1979, 376.

138) Vgl. hierzu auch Deubner, Die Praxis der Zurückweisung verspäteten Vorbringens, NJW 1979, 337, 338 Anm. 5).

139) NJW 1973, 1847 f.

wenn eine Partei in der mündlichen Verhandlung auf eine Behauptung des Gegners keine Erklärung abgeben konnte, weil ihr die Behauptung nicht rechtzeitig vor dem Termin mitgeteilt worden war, die Verhandlung nach § 227 Abs. 3 ZPO a. F. auf Antrag oder von Amts wegen vertagte, auf Antrag nach § 272 a ZPO a. F. verfuhr oder aber, wenn die Voraussetzungen des § 279 Abs. 2 ZPO vorlagen, von der Zurückweisung Gebrauch machte. Auch andere Gerichtsentscheidungen zu § 279 ZPO a. F. betonen ausdrücklich, daß dort eine Ermessensentscheidung zu treffen war ¹⁴⁰⁾.

Schließlich spricht auch Schrader ¹⁴¹⁾ im Zusammenhang mit § 279 ZPO a. F. von einer Entscheidung des Gerichts nach freiem Ermessen.

b) Sinn und Zweck der Vorschrift

Sinn und Zweck des § 296 Abs. 2 ZPO sind im Zusammenhang mit dem Ziel der Vereinfachungsnovelle zu sehen, die Verfahren zu vereinfachen und zu beschleunigen ¹⁴²⁾. Um dies zu erreichen, mußten auch die Parteien und ihre Anwälte zu einer entsprechenden Mitwirkung verpflichtet werden. Das Gesetz sieht deshalb nunmehr in § 282 Abs. 1 ZPO eine allgemeine Prozeßförderungs-pflicht vor. Freilich bliebe dieses Kernstück der Reform wohl weitgehend wirkungslos, wenn ein Verstoß hiergegen nicht mit Sanktionen belegt würde ¹⁴³⁾.

140) KG, NJW 1959, 1735 f.; OLG Düsseldorf, MDR 1975, 670 f.

141) Prozeßverschleppung und Verzögerungsgebühr (§ 47 GKG), DRiZ 1974, 290 f.

142) Putzo, a.a.O.; Franzki, a.a.O., 162.

143) Franzki, a.a.O., 165.

§ 296 ZPO gebietet deshalb in seinem Abs. 1 bei Vorliegen der gesetzlichen Voraussetzungen zwingend die Zurückweisung verspätet vorgebrachter Angriffs- und Verteidigungsmittel, während § 296 Abs. 2 ZPO die Zurückweisung in bestimmten Fällen dem Ermessen des Gerichts anheim stellt.

c) Schranken des Ermessens

Die Schranken, die Rechtsprechung und Literatur bei der Ermessensausübung nach § 279 ZPO a. F. angenommen haben, sind weitgehend auch auf § 296 Abs. 2 ZPO übertragbar.

Nach Baumbach-Lauterbach-Hartmann ¹⁴⁴⁾ hat das Gericht den Vorteil rascher Prozeßerledigung und den Nachteil unvollkommener Würdigung gegeneinander abzuwägen. Es sei unnötig, daß das Vorbringen innerlich unwahrscheinlich sei. Unangebracht sei eine Zurückweisung in der Regel dann, wenn sich aus dem nachträglichen Vorbringen ergebe, daß die Entscheidung bei Außerachtlassen desselben auf einem offenbar unrichtigen Sachverhalt beruhen würde.

Unzulässig ist die Zurückweisung auch, wenn es sich hierbei um von Amts wegen zu beachtende Prozeßvoraussetzungen handelt ¹⁴⁵⁾, oder soweit das Amtsermittlungsprinzip herrscht ¹⁴⁶⁾.

144) A.a.O., 34. Auflage, § 279, Anm. 3) A.

145) OLG Nürnberg, OLGZ 1972, 41.

146) BFH, NJW 1970, 2319.

Für § 279 ZPO a. F. wurde zudem die Auffassung vertreten, in der ersten mündlichen Verhandlung sei bei der Möglichkeit der Zurückweisung besondere Zurückhaltung geboten. Die erste mündliche Verhandlung diene nämlich dazu, Unklarheiten aufzuklären sowie darauf hinzuwirken, daß die Parteien ungenügende Angaben ergänzen und die Beweismittel bezeichnen ¹⁴⁷⁾. Diese Zurückhaltung wird man für § 296 Abs. 2 ZPO nicht mehr verlangen können. Nach § 272 Abs. 1 ZPO soll der Rechtsstreit in der Regel in einem umfassend vorbereiteten Termin erledigt werden. Die in § 282 Abs. 1 ZPO niedergelegte Prozeßförderungspflicht der Parteien muß sich an diesem Ziel orientieren. Das Kernstück der Reform würde ihr Ziel verfehlen, wenn die Gerichte trotz der schärferen Sanktionen an ihrer bisherigen Praxis festhielten ¹⁴⁸⁾. Für den frühen ersten Termin (§ 275 Abs. 1 ZPO) bedeutet dies, daß das den Parteien zur Verfügung stehende Vorbringen grundsätzlich bereits hier in den Prozeß eingeführt werden muß, um eine Erörterung des Sach- und Streitstandes mit den Parteien zu ermöglichen und damit das Gericht seiner Aufklärungs- und Hinweispflicht (§ 139 Abs. 1 ZPO) nachkommen kann ¹⁴⁹⁾. Unterbleibt allerdings ein nach §§ 139 Abs. 1, 273 Abs. 1 Satz 2 ZPO

147) OLG Nürnberg, MDR 1975, 849.

148) Franzki, a.a.O.

149) Deubner, a.a.O.

gebotener Hinweis und kommt es auf Grund dessen zur Zurückweisungsreife von Vorbringen, so darf dennoch nicht zurückgewiesen werden ¹⁵⁰⁾, da ansonsten gegen das dem Prozeßrecht immanente Benachteiligungsverbot bei der Verletzung von Verfahrensvorschriften verstossen wird.

d) Nachprüfbarkeit des Ermessens

§ 528 Abs. 3 ZPO bestimmt für das Berufungsverfahren, daß Angriffs- und Verteidigungsmittel, die im ersten Rechtszug zu Recht zurückgewiesen wurden, ausgeschlossen bleiben. Damit ergibt sich bereits aus dem Wortlaut des Gesetzes, daß Vorbringen, das in erster Instanz zu Unrecht zugelassen wurde, zulässig bleibt. Die Zulassung ist also unangreifbar ¹⁵¹⁾.

Bei der Frage, inwieweit die Entscheidung über die Zurückweisung vom Berufungsgericht nachprüfbar ist, gehen die Meinungen auseinander oder sind unklar.

Thomas-Putzo ¹⁵²⁾ halten die Ermessensentscheidung in vollem Umfang für nachprüfbar, während Baumbach-Lauterbach-Hartmann ¹⁵³⁾ eine Überprüfung nur auf Ermessensmißbrauch hin für möglich hält. Dabei ist jedoch die Auffassung von Baumbach-Lauterbach-Hartmann schon allein deshalb mit Vorsicht zu genießen,

150) Deubner, Zurückweisung verspäteten Vorbringens nach der Vereinfachungsnovelle, NJW 1977, 921, 924 f.

151) BGH, NJW 1960, 100; Putzo, a.a.O., 8; Thomas-Putzo, a.a.O., § 296 Anm. 6. c); Baumbach-Lauterbach-Hartmann, a.a.O., § 528 Anm. 4) B.

152) A.a.O., § 296 Anm. 6. c).

153) A.a.O., § 296 Anm. 3) B., 2) C.

weil sie bei der Frage der Nachprüfbarkeit der Entscheidung nach § 296 Abs. 2 ZPO nur auf ihre Ausführungen zu § 296 Abs. 1 ZPO verweisen, bereits dort aber eine klare Trennung der Begriffe freie Überzeugung und Ermessen zu vermissen ist.

Stein-Jonas-Grunsky ¹⁵⁴⁾ sind der Ansicht, das Berufungsgericht habe über das Vorliegen der Voraussetzungen für eine Zurückweisung in erster Instanz in entsprechender Anwendung der Absätze 1 und 2 nach freier Überzeugung zu entscheiden. Sie lassen jedoch hierbei außer acht, daß nur bei § 296 Abs. 1 ZPO die Zurückweisung verspäteten Vorbringens zwingend ist, während § 296 Abs. 2 ZPO auch bei Vorliegen der Voraussetzungen, die nach freier Überzeugung festzustellen sind, noch einen Ermessensspielraum einräumt.

Wie bei den bereits erörterten Ermessensvorschriften muß auch bei § 296 Abs. 2 ZPO daran festgehalten werden, daß das Berufungsgericht die Ermessensentscheidung über die Zurückweisung in vollem Umfang nachprüfen und gegebenenfalls durch eine eigene Ermessensentscheidung - in diesem Fall also die Zulassung der Angriffs- und Verteidigungsmittel - ersetzen kann. Dieser Ermessensentscheidung hat die Entscheidung auf Grund richterlicher Überzeugung vorauszugehen, ob die Zulassung verspäteter Angriffs- oder Verteidigungsmittel die Erledigung des Rechtsstreits verzögern würde und die Verspätung auf grober Nachlässigkeit beruht. Diese Würdigung nach freier Überzeugung ist dabei streng von der Ermessensentscheidung zu tren-

154) A.a.O., 20. Auflage, § 528 RdNr. 11.

nen. Besondere Bedeutung kommt dieser Unterscheidung in der Revisionsinstanz zu, da ein Gesetzesverstoß bei der Würdigung nach freier Überzeugung auf Grund ihrer Zuordnung zur Tatfrage unter völlig andersartigen Voraussetzungen anzunehmen ist als bei einer Ermessensentscheidung.

§ 296 Abs. 2 ZPO zeigt somit, daß auch durch sogenannte "kann"-Vorschriften dem Richter ein Ermessen eingeräumt werden kann, das keineswegs "weniger frei" sein muß als in den Fällen, in denen das Gesetz ausdrücklich von freiem Ermessen spricht.

IX. Zusammenfassung

1. Unter richterlichem Ermessen ist aus Gründen "terminologischer Zweckmäßigkeit" nur eine Wahlmöglichkeit des Richters im Sinne der Möglichkeit einer Einflußnahme auf das Beurteilungsobjekt zu verstehen.
2. Für das Zivilrecht und Zivilprozeßrecht ist ein richterliches Ermessen auf der Tatbestandsseite einer Rechtsnorm abzulehnen. Eine bei unbestimmten Rechtsbegriffen in gewissem Maße unvermeidbare Urteilssubjektivität ist hinzunehmen.
3. Richterliches Ermessen auf der Rechtsfolgeseite einer Rechtsnorm ist an den Normzweck gebunden. Das Verlangen nach einer gerechten richterlichen Entscheidung vermag eine Wahlmöglichkeit beim Ermessen nicht auszuschließen.
4. Bei der freien Beweiswürdigung wird dem Richter weder beim Beweismaß noch beim Beweisergebnis Ermessen eingeräumt.
5. Die Verwendung des Begriffes freies Ermessen in einzelnen Vorschriften der ZPO weist nicht in jedem Fall auf eine Ermessensermächtigung für den Richter hin. Vielfach hat der Richter in solchen Fällen nach freier Überzeugung zu würdigen.
6. Soweit dem Richter wirklich Ermessen eingeräumt wird, ist dieses nicht frei, sondern durch seine

gesetzlichen Voraussetzungen und den Normzweck begrenzt. Das Beschwerde- bzw. Berufungsgericht kann die Ermessensentscheidung des Untergerichts in vollem Umfang nachprüfen und gegebenenfalls durch eine eigene Ermessensentscheidung ersetzen, das Revisionsgericht kann die Ermessensentscheidung nur daraufhin überprüfen, ob die gesetzlichen Voraussetzungen gegeben und die Schranken des Ermessens eingehalten sind.

7. Auch die Begriffe Ermessen und "kann" in Vorschriften der ZPO können auf eine Ermessensermächtigung hindeuten. Wenn durch sie Ermessen für den Richter eingeräumt wird, dann ist dieses nicht "weniger frei" als in den Fällen, in denen das Gesetz von freiem Ermessen spricht.

Lebenslauf

Als zweites Kind des Handelsvertreters Günter Schiffczyk und seiner Ehefrau Katharina, geb. Steinberger, wurde ich am 19. September 1948 in Augsburg geboren.

Von 1954 bis 1958 besuchte ich die Volksschule in Nürnberg. Das Neue Gymnasium Nürnberg verließ ich im Juli 1967 mit dem Zeugnis der Reife.

Von Oktober 1967 bis März 1969 leistete ich meinen Grundwehrdienst ab.

Anschließend studierte ich Rechtswissenschaft an der Friedrich-Alexander-Universität Erlangen Nürnberg. Am 11. Juli 1973 bestand ich das erste juristische Staatsexamen.

Den Vorbereitungsdienst für Rechtsreferendare im Oberlandesgerichtsbezirk Nürnberg schloß ich am 9. März 1976 mit der zweiten juristischen Staatsprüfung ab.

Am 1. Mai desselben Jahres ernannte mich der Bayerische Staatsminister des Innern zum Regierungsrat z. A. bei der Regierung von Mittelfranken.

Mit Wirkung vom 1. Juli 1976 wurde ich unter Berufung in das Richterverhältnis auf Probe an das Verwaltungsgericht Ansbach versetzt.

Seit 16. Mai 1978 leite ich als Regierungsrat beim Landratsamt Nürnberger Land die Abteilung "Öffentliche Sicherheit und Ordnung".

Copy-Center 2000

852 ERLANGEN · Obere Karlstr. 30
Tel. 09131-26197